REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

TOMO XCVII

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1969

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

SALA PLENA

Doctores CARLOS PELAEZ TRUJILLO, **Presidente.**
ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, **Vicepresidente.**
Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor ENRIQUE CORAL VELASCO, **Presidente.**
Ricardo Ramírez L., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Enrique Coral Velasco.**
Gustavo Fajardo Pinzón.
José J. Gómez R.
José Hernández Arbeláez.
Enrique López de la Pava.
Arturo C. Posada.

SALA DE CASACION PENAL

Doctor PRIMITIVO VERGARA CRESPO, **Presidente.**
Pioquinto León L., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Humberto Barrera Domínguez.**
Simón Montero Torres.
Gustavo Rendón Gaviria.
Julio Roncallo Acosta.
Angel Martín Vásquez Abad.
Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, **Presidente.**
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Luis Alberto Bravo.**
Roberto de Zubiría C.
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Doctor LUIS CARLOS ZAMBRANO, **Presidente.**
Jorge García Merlano, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Ramiro Araújo Grau.**
Efrén Osejo Peña.
Carlos Peláez Trujillo.
Luis Carlos Zambrano.

Relator: Doctor LUIS IGNACIO SEGURA A.
Relatores Judiciales Auxiliares: **Carlos M. Gutiérrez E. y Diego E. Cristancho M.**

Septiembre a diciembre de 1961.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR SALA PENAL: Dr. JOSE SARMIENTO MANTILLA
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO A.

TOMO XCVII Bogotá - Colombia Septiembre a Diciembre de 1961 Nos. 2246 a 2249

SALA PLENA

Extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

NO SE REPONE LA PROVIDENCIA POR MEDIO DE LA CUAL SE LLAMO AL SEÑOR GUSTAVO ROJAS PINILLA A RESPONDER DEL DELITO DE CONCUSION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, octubre veinticinco de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El doctor Carlos V. Rey, en su condición de defensor del señor Gustavo Rojas Pinilla en este proceso, solicita que se reponga la providencia de 14 de agosto del corriente año, por la cual esta Sala llama a responder en juicio criminal de única instancia, por la vía ordinaria, a su mandante, por el delito de CONCUSION, a fin de que se le sobresea definitivamente.

En apoyo de su petición, plantea las siguientes cuestiones:

1ª "¿Están demostradas en el sumario las afirmaciones contenidas en el denuncio que dio origen al proceso?

"El informativo, en síntesis...", dice el recurrente..., "se reduce al testimonio del doctor Carlos Echeverri Herrera, ex-gerente de la Caja de Crédito Agrario. Este testimonio se reproduce en la investigación hasta provocar el hastío. Primero tuvo el carácter de publicación periodística; luego, asumió el encabezamiento de una investigación criminal; después se reiteró ante la Comisión Instructora del Senado de la República, y más tarde, ocupó la actividad del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo, ya en la Corte Suprema de Justicia.

"Así es como puede observarse que el autor de ese ya célebre testimonio, es denunciante del artificioso ilícito ante la opinión pública, por

conducto de un órgano de prensa que se ha señalado a través de la instrucción como el adversario más tozudo, resentido y carente de escrúpulos, del acusado. Así, igualmente es como logra advertirse que el mismo denunciante se brinda ante la justicia en su condición de ofendido con la infracción denunciada. Y ¿qué resulta de toda esta patraña político-judicial? Para apreciarlo, desapaciblemente tenemos que volver a concretar los términos de la exposición acusadora.

"Dice Echeverri que uno de los días de la primera quincena de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis, le llamó por teléfono, desde el Palacio Presidencial, el General Rojas Pinilla, y le explicó, este es el vocablo que emplea, lo siguiente: 'que había varios ceñtenares de personas, vecinas de Agua Chica y otros municipios próximos, que estaban deseosas de adquirir parcelas de tierra incorporadas dentro de las haciendas de Mosquitos y Sabanas de Román. Me agregó el General que esas haciendas eran de propiedad de la Compañía Ganadera de Patiño Ltda., noticia que hasta ese momento yo ignoraba; y concluyó este aspecto de su SOLICITUD, con la advertencia de que él ejercía la Gerencia de la citada compañía'.

"En la misma conversación teléfónica...", —sigue contando Echeverri—.... 'se extendió en ponderaciones sobre la calidad de aquellas tierras y me dijo QUE SI LA CAJA AGRARIA FINANCIABA SU PARCELACION PARA QUE, MEDIANTE PRESTAMOS DE SUS FONDOS A LOS ASPIRANTES A PARCELAS, ESTOS PUDIERAN COMPRARLE A LA COMPAÑIA GANADERA DE PATIÑO LTDA., LA CAJA RESULTARIA HACIENDO UNA LABOR SOCIAL MUY ENCOMIABLE'.

"En este aparte del denuncio...", comenta el doctor Rey..., "se encuentra la medula de la acusación contra mi defendido. ¿Cómo logró establecerse en la prolija investigación la veracidad de esas palabras? ¿Qué elementos de comprobación directa o indirecta las prohijan? El ofendido las afirma y el acusado las rechaza. Existen, pues, dos afirmaciones opuestas idénticamente afectadas por la presunta parcialidad. Ningún elemento extraño acude en el informativo a respaldar lo dicho por el denunciante. Entonces, ¿cómo puede darse por verdadera la conversación telefónica de que habla Echeverri? ¿Y cómo aceptar que todas y cada una de las palabras citadas por el denunciante fueron pronunciadas por el acusado? Y si esa conversación no está demostrada, como en efecto no lo está, ¿cómo puede tomarse en cuenta como plena prueba, el denuncio? Todo esto... es lo que está sin tratar por la justicia que procesa, que enjuicia al acusado. Tratarlo, aclararlo y analizarlo debidamente al amparo de la legislación y de la doctrina, es una obligación imperativa para los juzgadores. De lo contrario, quedaría establecido, gravemente establecido, que Rojas no es juzgado sino perseguido.

"Por otra parte, no logra pasar inadvertido, que a la simple vista se estima que esas palabras citadas por Echeverri no son hábiles para configurar la concusión porque carecen de nexo con todos y cada uno de los requisitos que le imprimen personería a ese delito".

CONSIDERA LA SALA:

Las afirmaciones contenidas en el denuncio del doctor Carlos Echeverri Herrera, que dio origen al proceso, son un testimonio.

La credibilidad de este testigo, como se anotó en la providencia recurrida, surge no sólo de la calidad moral del deponente, sino también del hecho de que en las distintas oportunidades en que ha hecho un relato de lo ocurrido, el declarante no se contradice y, antes bien, es enfático al afirmar la existencia de la proposición que dice haberle hecho el señor Rojas Pinilla.

Ningún elemento de juicio, suficientemente demostrativo, obra en el proceso, en el que pueda sustentarse la conclusión de que el doctor Carlos Echeverri Herrera, bajo la gravedad del juramento, faltó a la verdad. Antes bien, lo que afirma tiene el respaldo de la comisión cumplida por los señores Camilo Bedoya Valencia y Jorge Escobar Motta, antes de renunciar el gerente de la Caja Agraria su cargo, comisión de que da cuenta el informe que obra a los folios 103 a 108 del Cuaderno número 1, en el que se dice que "para estudiar el proyecto en que está interesada la firma 'Sociedad Ganadera de Patiño Ltda.', sobre la parcelación de las fincas que posee dicha sociedad en los municipios de Río de Oro, Gamarra y Aguachica...", examinaron lo concerniente a la "constitución de la sociedad y adquisición de bienes"; el "estado de las fincas"; la "situación económica de los colonos"; el "precio de venta de las tierras", y la "negociación con la Caja", comisión esa encomendada a los nombrados que no tendría explicación alguna sin que antecediera a ella la propuesta referida por el declarante Echeverri Herrera. En efecto, cabe preguntar: ¿Con qué

a través de la Corte Suprema de Justicia sobreseyera temporal o definitivamente por los mismos hechos que fueron objeto de enjuiciamiento por el Senado de la República, como hay del mismo modo ostensible contradicción cuando el Senado abre el juicio por delito perfecto y la Corte hace el llamamiento por delito apenas tentado de concusión.

Para encontrar armonía dentro de la vida institucional de la República —si a la Corte le correspondiera calificar el informativo— sería preciso que enjuiciara, como el Senado, por delito perfecto de concusión. Pero esto no sería otra cosa que la simple inoficiosidad de colocar albarda sobre albarda.

2. Es claro, entonces, que la única posición firme en derecho consiste en obedecer los mandatos expresos de la Carta y el Código de Procedimiento Penal que atribuyen al Senado la competencia privativa para enjuiciar a los altos dignatarios del Estado, con plenitud tal que ninguna otra autoridad de la República, sin atribuírse a sí misma facultades que no tiene, podría en forma alguna revisar, recortar, modificar o alterar la providencia enjuiciatoria de la Cámara Alta. (96, 97 C. N. 594 C. P. P.).

3. Todos los argumentos para sostener que apenas hubo tentativa de concusión, o en favor de sobreseimiento temporal o definitivo serían para considerar en el estudio del fallo de mérito que hubiera de proferirse. Pero de ningún modo para cambiar, sin competencia, el llamamiento a juicio ya proferido, por quien tiene la atribución constitucional privativa para dictarlo. La competencia de juzgamiento de la Corte está expresamente circunscrita por la Constitución a decidir sobre el tanto de culpa común que cupiere al acusado por los mismos hechos que motivaron la condenación por la Cámara Alta. (151 C. N.). Y armoniza muy bien que esta corporación *política* juzgue de la responsabilidad *política* e imponga penas *políticas,* en tanto que la jurisdicción *común* en su más alta jerarquía juzgue por el tanto de culpa *común* e imponga, si es el caso, penas también *comunes.* Es el equilibrio que persigue la estabilidad constitucional.

4. Se destacaría, por su incongruencia, el evento de prescripción de la acción penal por hechos materia de enjuiciamiento y de fallo condenatorio del Senado, nada más que a consecuencia del error de entender que el proceso llegó a la Corte en calidad de informativo, que apenas se iniciara por cumplimiento de condición de procedibilidad emanada de la Cámara Alta. Ese error de interpretación de los imperativos constitucionales debió corregirse, porque además de aparecer claro, conduce a situaciones tan contradictorias como las que vienen descritas.

5. Se compendian así, una vez más, los motivos para disentir de lo resuelto por la mayoría de la Corte, expuesto con amplitud en oportunidades anteriores, especialmente en el salvamento de voto del 2 de agosto de 1960, que corre publicado en la Gaceta Judicial (XCIII, 2228, 2229, 43 y ss.-.

Fecha ut supra.

Enrique Coral Velasco, Luis Alberto Bravo, Enrique López de la Pava, José Hernández Arbeláez.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JULIO RONCALLO ACOSTA.

El veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho el honorable Senado de la República aceptó la acusación que la honorable Cámara de Representantes había formulado contra el señor Gustavo Rojas Pinilla, quien ejerció la Presidencia de la República desde el trece de junio de mil novecientos cincuenta y tres hasta el diez de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, por los siguientes hechos:

a) Indignidad por mala conducta en el ejercicio del cargo;

b) Violación de la Constitución Nacional (artículo 120, numerales 12 y 15);

c) Por delito de concusión (artículo 156 del C. P.).

Adelantado el proceso por el honorable Senado, éste calificó el mérito de la investigación mediante auto del quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, cuya parte resolutiva está concebida en los siguientes términos:

a) "Llamar a responder en juicio ante el Senado, por los trámites señalados en el título

V, capítulo I, libro III del Código de Procedimiento Penal, al señor Gustavo Rojas Pinilla, General en retiro, mayor de edad de esta vecindad, hijo del señor Julio Rojas y de la señora Hermencia Pinilla de Rojas, *por indignidad por mala conducta en el ejercicio del cargo de Presidente de la República de Colombia,* durante el período comprendido entre el 13 de junio de 1953 y el 10 de mayo de 1957.

b) "Llamar al mismo Gustavo Rojas Pinilla a responder en juicio ante el Senado de la República, por violación de la Constitución Nacional, en su artículo 120, numerales 12 y 15;

c) "El Senado de la República, con base en el numeral 3º del artículo 97 de la Constitución Nacional, declara que sí hay lugar a seguimiento de causa, contra el mismo acusado mencionado, por el delito definido y sancionado por el Código Penal en su capítulo II, título III, del libro II, pone al procesado a disposición de la honorable Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento que le corresponde, lo que se hará una vez que se compulsen las copias del expediente que han de servir de base a esta Corporación para el juzgamiento; y

d) "Decrétase la detención preventiva del procesado Gustavo Rojas Pinilla por los cargos que se le han hecho como autor del delito de concusión. Como consecuencia de esta medida precautelativa y en cumplimiento del artículo 128 del Código de Procediciento Penal, se decreta el embargo preventivo de los bienes muebles e inmuebles de propiedad del procesado lo que se comunicará, para los fines que sean del caso, a los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados.

"Comuníquese al Gobierno la detención preventiva aquí decretada, a fin de que ordene lo conducente al cumplimiento de tal medida.

"Por la Secretaría, compúlsese copia del expediente, el que se remitirá a la Corte Suprema de Justicia para los fines ya indicados, y una vez compulsada esta copia, póngase al procesado a disposición de ese alto tribunal de justicia.

"Córrase traslado de los autos, hasta por seis días, a cada una de las partes, acusador de la honorable Cámara de Representantes y acusado o su defensor, en su orden.

"Hágase saber al procesado el derecho que la ley le concede para designar un defensor que lo asista y represente en el juicio con la advertencia de que si no quiere o no puede hacerlo, el Senado se lo nombrará de oficio.

"Señálase el día 22 de enero de 1959 para la celebración de la audiencia pública en esta causa.

"Comuníquese a la honorable Cámara de Representantes. Notifíquese personalmente al acusador y al acusado".

En el juzgamiento del Presidente de la República, por delitos oficiales de que se le sindique, el procedimiento a seguir es el siguiente:

a) Corresponde al Senado de la República conocer de la acusación respectiva, formulada por la Cámara de Representantes. (Artículos 96 y 102, atribución 5ª, de la Constitución y 581 del Código de Procedimiento Penal);

b) Si la acusación es públicamente admitida, el Senado, por sí o por medio de una comisión de su seno, instruirá el sumario hasta calificarlo. (Artículo 97 de la Constitución, numerales 1º, 2º y 4º; y 593, inciso 1º y 594, incisos 1º y 4º, del C. de P. P.);

c) Si llamare a juicio, el Senado continúa el proceso hasta su culminación, condenando o absolviendo, aunque en el primero de estos dos eventos únicamente pueda imponer las penas de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos. (Artículo 97, regla 2ª, de la Constitución, y 594, inciso 4º, del C. de P. P.);

d) Sólo cuando en el Senado se ha agotado el procedimiento anterior y se ha condenado por delito cometido en ejercicio de funciones o so pretexto de ejercerlas, la Corte adquiere jurisdicción para juzgarlo, por el tanto de culpa que le corresponda, cuando haya lugar, conforme al artículo 97 de la Carta (artículo 151 de la Constitución).

Ahora bien: En este proceso resulta patente que el honorable Senado de la República no llamó a juicio al procesado por el referido delito de responsabilidad, presupuesto indispensable para que la Corte adquiera jurisdicción a fin de seguir ante ella el juicio que le competería, por el tanto de culpa de que habla el artículo 151 de la Constitución Nacional. Esta tesis fue ya ampliamente sostenida por mí, a propósito de otro caso semejante, en salvamento de voto que corre publicado en la Gaceta Judicial, tomo XCIII, página 55 y siguientes.

Por modo contrario, esta Corporación, al proferir por mayoría de votos el auto de proceder del cual respetuosamente disiento, ha afirmado de manera inequívoca su competencia para conocer del proceso sin que se hubiese cumplido

motivo los informantes llevaron a cabo esa labor? ¿Cuál la razón para que digan que "a pesar de nuestras gestiones para obtener una información directa y concreta de parte del señor Amín Malkun, no nos fue posible hacerlo por encontrarse dicha persona ausente del lugar, debido seguramente a que no recibió el telegrama dirigido por la Gerencia General en el cual se anunciaba nuestra visita"? La explicación de lo propuesto no puede encontrarse sino en la existencia de los hechos referidos por el doctor Echeverri Herrera, relacionados con la parcelación de tales fincas. Y si el señor Gustavo Rojas Pinilla era el gerente de la 'Sociedad Ganadera de Patiño Ltda.', ¿no resulta razonable que esa proposición para parcelar tales haciendas fuese hecha por él, como lo asevera aquel testigo?

Además, como ya se observó en la providencia de 14 de agosto del corriente año, "el doctor Eduardo Berrío González manifiesta que, en su carácter de Ministro de Agricultura y Presidente de la Junta Directiva de la Caja Agraria, el doctor Echeverri Herrera le informó 'a mediados de diciembre del 56', sobre la propuesta que le hizo el acusado respecto de las haciendas 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román', (f. 87 v., del Cd. Nº 4)", y que, asimismo, "el doctor Hernando Salazar Mejía expresa que fue noticiado sobre el mismo particular por los doctores Echeverri Herrera y Berrío González, a raíz de haberle sido solicitada la dimisión al primero, y que por tales motivos el Ministro y él resolvieron también presentar sus renuncias irrevocables, como en efecto sucedió, (fs. 184 y ss., del Cd. Nº 4)".

De lo anterior cabe concluír, como concluyó la Sala en el auto recurrido, que sí existió de parte del procesado la propuesta a que alude el doctor Echeverri Herrera, así como la promesa que éste le hiciera a aquél —y que fue cumplida— de adelantar un "estudio de la productividad de aquellas tierras y de la situación social de los presuntos parceleros, a lo cual correspondió...", como dice el ex-gerente de la Caja Agraria en diligencia de careo con el señor Rojas Pinilla..., "el nombramiento de la comisión que de común acuerdo con el Ministro Berrío se integró con los señores Escobar Motta y Bedoya".

2ª "¿En caso afirmativo, esas aseveraciones configuran el delito de concusión?

"Si a manera de hipótesis...", dice el doctor Carlos V. Rey..., "y para clarificar este punto, admitimos que el denunciante ha dicho la verdad, y que la investigación ha constatado la denuncia nos encontramos frente a la necesidad de efectuar algunos raciocinios de notoria simplicidad, que no requieren esfuerzo mental de ninguna especie, para impartirle respuesta negativa a este interrogante. Basta con fijar la atención en las palabras empleadas por el denunciante y confrontarlas con los términos que tipifican la concusión, para apoyar en esa confrontación la contestación negativa, sin riesgo de equivocación.

"Echeverri inicia su acusación, así: 'y me dijo...'. A su vez, el artículo 156 del Código Penal, expresa: 'El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad...'.

"La locución utilizada por el denunciante aparece bien nítida: 'Me dijo...'. ¿Qué le dijo?... que si 'la Caja financiaba su parcelación (la de las tierras mencionadas en el denuncio) mediante préstamos de sus fondos a los aspirantes a parcelas...'. De manera que el acusado *le dijo* al supuesto ofendido, es decir, le manifestó, le declaró, le expresó, que si la Caja financiaba... Como se observa, no le forzó ni le violentó, ni intentó forzarle ni violentarle; no le constriñó ni le indujo, ni trató de constreñirlo ni de inducirlo; se limitó a decirle, a enunciarle una posibilidad de unos terceros inciertos, condicionada, desde luego, a todos los trámites y formalidades exigidos por los estatutos de la Caja. Esta sería, pues, una ocurrencia de simple dialéctica, tan clara en su contenido, que sólo la malevolencia política ha logrado ensombrecer, para despertar la malicia y propiciar las más variadas e inexplicables conjeturas.

"De las expresiones usadas por el denunciante no se deduce algo que logre asemejarse a constreñimiento o a inducción. Siendo esto así, surge el imperativo de preguntar, ¿cómo puede aceptarse, con base en el denuncio, que existe en el sumario la comprobación de un delito tentado de concusión? ¿Cómo extraer de ese denuncio, acatando los vocablos en que está concebido, los elementos que estructuran esa infracción legal? Ya veremos cómo se ingenia para llenar ese objetivo la providencia comentada. Lo que en la declaración de Echeverri sigue al aparte transcrito, representa apreciaciones o suposiciones personales del testigo, de ese testigo y denunciante tan peligrosamente adicto al concep-

tualismo. Y digo peligroso porque ha conseguido con sus conjeturas embaucar a muchos incautos y a no pocos prevenidos. De los términos del testimonio de Echeverri tampoco se desprende, no puede desprenderse, que el acusado le hubiera hecho SOLICITUD o PROPUESTA de parcelación de tierras. Y menos propuesta o solicitud en el sentido contractual. Estas palabras obedecen a consideraciones gratuitas del denunciante que no disponen de respaldo en su propia versión.

"Si continuamos dentro de nuestra hipótesis y damos por probado lo indemostrable, nos queda por indagar qué acontece con lo referente al constreñimiento y a la inducción.

"Si constreñir idiomáticamente significa, como lo dice el Diccionario de la Academia española: obligar, precisar, compeler por fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa, y jurídicamente significa, según Maggiore, forzar la voluntad renuente por medio de violencia o amenaza; y si inducir idiomáticamente quiere decir: instigar, persuadir, mover a uno, y jurídicamente implica: persuadir, seducir, convencer, esto es, dirigir el entendimiento e inclinar la voluntad, conforme al mismo Maggiore, nos vemos obligados a reconocer que en los términos del testimonio de Echeverri Herrera no se descubre ninguna de esas dos características o elementos indispensables de la concusión".

CONSIDERA LA SALA:

Es evidente que el delito consumado de concusión requiere que la voluntad renuente del sujeto pasivo quede forzada por la violencia o la amenaza, siendo la entrega o la promesa de entrega de lo que persigue el agente la forma de prueba de que aquél fue constreñido; como también son esa promesa de entrega o la entrega misma la demostración, en el delito consumado que se examina, de que los actos de inducción efectivamente indujeron al sujeto pasivo.

De ahí que haya sostenido la Sala que "al menos la promesa que el sujeto pasivo haga al agente, respecto de sus pretensiones, señala el momento consumativo del delito de concusión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 del Código Penal colombiano...", pues... "sólo esa promesa —por lo menos— es lo que revela que el sujeto activo de esta violación punible realmente constriñó al sujeto pasivo, o que los actos suyos tuvieron la capacidad de inducirlo".

Pero en la providencia recurrida no se llama a juicio al procesado por el delito consumado de concusión, sino por tentativa de la misma, de conformidad con lo que se señala en la parte motiva de dicho auto. De consiguiente, es sólo el empleo de medios que tienen la idoneidad de constituír una violencia moral lo que se imputa al señor Gustavo Rojas Pinilla, al ser puestos en juego frente al doctor Echeverri Herrera con respecto a facilidades que pudiera dar la Caja Agraria, que éste gerenciaba, para llevar a cabo la parcelación de terrenos de la 'Sociedad Ganadera de Patiño Ltda.', que el sindicado representaba.

Y esa idoneidad de tales medios, vale decir, de que el entonces Presidente de la República presentara ante el Gerente de la Caja Agraria su interés en la referida parcelación, mediante préstamos que esta entidad hiciera a los posibles parceleros, resulta de la violencia moral implícita que la propuesta de un funcionario de superior jerarquía dentro de la administración pública implica, si se hace a uno de inferior categoría, dependiente de aquél.

No es que las palabras, en sí, den cuenta de una amenaza, pues, entonces, se estaría ante una violencia moral explícita.

Y es el mismo doctor Echeverri Herrera quien, en la diligencia de careo llevada a cabo entre éste y el procesado, dice que "no me sentí convencido, *pero sí presionado,* habida cuenta de la autoridad del Presidente de la República, y de que no me sentí convencido, ya lo expresé desde mi declaración ante la Comisión Instructora del Senado", (subrayó la Sala).

Recuérdese que Carrara anota que en la concusión "basta cualquier temor infundido por el magistrado, incluso el temor levísimo y necio y de un mal insignificante", ("Programa... t. V, p. 114, parágrafo 2572").

Si lo propuesto por el sindicado, cuando desempeñaba la Presidencia de la República, nada tiene que ver con las atribuciones oficiales de tal magistratura, y se refiere, además, a la búsqueda de un provecho indebido, al menos en el orden moral, es indiscutible que la amenaza implícita que esa proposición conlleva por emanar del Jefe del Estado y ser hecha a un funcionario oficial cuyo nombramiento dependía de aquél, constituye un medio coercitivo idóneo que da lugar al delito de concusión consumado, si el sujeto pasivo entrega o promete entregar lo que el agente solicita.

3ª "En el evento de que la configuren, ¿el sumario suministra la plena prueba del cuerpo del delito?

"Concebidos hipotéticamente los dos supuestos precedentes...", expresa el señor defensor del procesado..., "derivamos al punto final y también al más importante y definitivo en toda investigación criminal, como que en él deben congregarse todos los requerimientos procesales en materia penal.

"Nuevamente se presenta como demostración única lo depuesto por Echeverri Herrera, pero con la agravante de que no resulta aprovechado como instrumento probatorio exclusivo y privilegiado del cuerpo del delito. Y no es aprovechable —en esa situación de privilegio— por razones inconcusas patentes al más ligero análisis.

a) Porque se aparta ostensiblemente de la morfología del delito y se muestra inhábil para configurarlo;

b) Porque no resiste el examen de la crítica urgida por el Código de Procedimiento Penal;

c) Porque emana precisamente de la persona tachada por las reglas teóricas y prácticas de la prueba en general, y con mayor rigor en lo que concierne a la rama criminal;

d) Porque está acuciada por el rencor, nacido de la destitución violenta e intempestiva a que fue sometido su autor por el acusado;

e) Porque se produjo escandalosamente en el momento en que el anhelo de venganza se hacía más fácil de satisfacer plenamente, dada la ola de oprobio que se agitaba en cierta prensa bogotana, señaladamente en el periódico que explotó el espíritu vengativo de Echeverri contra su odiado enemigo, el ex-Presidente que le había destituído de su cargo, declarándolo incapaz, inepto y muérgano. Esta circunstancia de tiempo y modo relieva excepcionalmente el propósito de retaliación exhibido por el denunciante; y

f) Porque ha incurrido en contradicciones manifiestas, como cuando aseguró ante la Comisión Instructora del Senado de la República que no había sido violentado, ni convencido, ni amenazado, y luego, en la Corte, declaró que se había sentido *presionado,* con lo que asevera le dijo el acusado, y

g) Porque aparece contradicha por el doctor Berrío González y por el Coronel Alfonso Pontón. Por lo tanto, esa atestación, en semejantes condiciones, rotundamente consignadas en el informativo, no puede aceptarse como hábil e imparcial, como lo hace el auto de llamamiento a juicio, no sólo para reconocerle credibilidad, sino —caso insólito— para atribuírle la calidad de prueba plena.

"Descartada esa declaración como la de un testigo imparcial y desprovisto de tachas que le demeriten, nada resta en el sumario que merezca ser tildado como prueba directa o indirecta, de procedencia distinta a las atestaciones del propio denunciante y supuesto ofendido.

"Conforme a las normas enseñadas por los expositores de pruebas judiciales en materia criminal, ya se trate de Mittermaier, de Framarino, o de Gorphe, la declaración del denunciante a título de ofendido con el reato, no puede admitirse como exenta de la tacha de parcialidad surgida del interés personal en contra del sindicado. Inspirada en esos principios, nuestra legislación desecha también ese testimonio como mancillado por la parcialidad.

"Otro tópico de sonada trascendencia que no es posible omitir en estas alegaciones dirigidas a impugnar el auto de vocación a juicio, es el relativo a lo que comprende la comprobación del cuerpo del delito, según nuestra legislación.

"Dice el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal que los elementos constitutivos del cuerpo del delito *señalados* en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito. Esto quiere decir, armonizando las dos disposiciones citadas con lo prescrito por el artículo 156 del Código Penal, que la plena prueba debe versar sobre cada uno de los elementos que integran la concusión. Esto es, plena prueba del abuso del cargo o de sus funciones; plena prueba del constreñimiento o de la inducción de la búsqueda de dinero o de cualquier otra utilidad. En el presente negocio, plena prueba del intento de constreñir o inducir y de los demás requisitos del delito. Esta afirmación acerca de la plena prueba de todas y de cada una de las características o elementos del delito, está enfáticamente confirmada por el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal.

"No implica una audacia, ni una irreverencia, asegurar que en el proceso en mención es absoluta la ausencia de prueba plena para establecer el cuerpo del delito y que, como consecuencia de la falta de esa prueba, el auto proferido por la honorable Corte no dispone de fundamentos jurídicos.

"Dentro del campo inagotable de las hipótesis, podría convenirse en que el testimonio de Echeverri es inobjetable, que está libre de toda tacha racional, que lo abona integralmente el atributo de la veracidad, y sin embargo, nos hallaríamos en presencia de la misma falta de prueba plena, porque ni la ley, ni la doctrina, ni la teoría probatoria han consagrado como tal el testimonio único. Todos los datos que pudieran reunirse para reforzar la declaración de Eche-

verri, proceden de ella misma, y por ese motivo no forman indicios independientes que aparezcan plenamente probados.

"Ninguno de los tres interrogantes planteados al principio de este escrito cuenta con solución favorable a los postulados del auto de proceder. Esta providencia se asienta en una especie de silogismo, cuyas premisas son francamente inverídicas, sin que logre sacar una conclusión cierta".

CONSIDERA LA SALA:

Aceptado que existió la propuesta del señor Gustavo Rojas Pinilla para que la Caja Agraria facilitara la parcelación de los terrenos de la 'Sociedad Ganadera de Patiño Ltda.', que el sindicado gerenciaba, es lógico que las condiciones específicas del abuso del cargo oficial y de la violencia moral implícita, necesarias a la existencia del delito de concusión, resultan demostradas plenamente.

La calidad de funcionario público en el sindicado está, así mismo, plenamente comprobada con los documentos pertinentes.

Y si bien no existió entrega o promesa de entrega, vale decir, ofrecimiento de cumplir o realización de lo propuesto por el procesado al Gerente de la Caja Agraria, ello no impide que se tenga la comprobación del cuerpo del delito de concusión, así, realmente, quepa calificarlo en el grado de tentativa.

Ahora bien:

Antes de que el entonces Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla, hubiera pedido al doctor Echeverri Herrera que renunciara el cargo de Gerente de la Caja Agraria y de que le expresara que era "incapaz, inepto y muérgano"; también antes del cambio de Gobierno, ocurrido el 10 de mayo de 1957, éste había referido al doctor Eduardo Berrío González la propuesta del sindicado para que dicha entidad crediticia facilitara la varias veces aludida parcelación de las fincas de "Mosquitos" y "Sabanas de Román", de propiedad de la "Sociedad Ganadera de Patiño Ltda.". De consiguiente, no puede atribuírse a rencor o móvil de venganza, producidos por los hechos que menciona el recurrente, la información que el doctor Echeverri Herrera dio al entonces Ministro de Agricultura, porque ellos no habían ocurrido todavía.

Tampoco existe contradicción en el hecho de que el doctor Echeverri Herrera exprese, primero, que no fue objeto de violencias, ni convencido, ni amenazado, y en el de que ante la Corte diga, luego, que se sintió presionado, aun cuando no convencido con la proposición del Presidente de la República, pues es lógico entender que no se trata de una violencia moral explícita, esto es, de empleo directo de fuerza física o de expresiones concretamente amenazantes, sino de una violencia moral implícita, atendida la autoridad pública del Jefe del Estado y considerada la relación de dependencia jerárquica en que el doctor Echeverri Herrera se encontraba respecto de aquél.

Además, no es el testimonio del doctor Echeverri Herrera, cuya credibilidad, como ya se dijo, no resulta desvirtuada, la única prueba tomada en cuenta para tener como comprobado el cuerpo del delito, pues las diligencias realizadas por los señores Bedoya Valencia y Escobar Motta, de que da cuenta su informe de 9 de enero de 1957, rendido al Gerente de la Caja Agraria, allegado en fotocopia al informativo y que obra a los folios 103 a 108 del Cuaderno número 1, (que, entonces, cabe aceptar que fueron cumplidas antes de la fecha en que el Presidente de la República le solicitó al doctor Echeverri Herrera que presentara renuncia de su cargo), constituyen un indicio vehemente de que los hechos que refiere este declarante tuvieron cumplimiento, como ya se dejó examinado en este auto y también en la providencia recurrida.

Estos medios de convicción, la declaración del doctor Echeverri y el indicio grave ya aludido (no se trata, pues, de prueba única de testigo único), permiten afirmar que está plenamente acreditado el cuerpo del delito de concusión, en el grado de tentativa, y que existe, de otra parte, ese mínimo probatorio de responsabilidad señalado en el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, para que proceda el llamamiento a juicio del sindicado.

No sobra recordar que la Corte, en providencia de 25 de mayo de 1948, (G. J. t. LXV, p. 106); de 6 de junio de 1950 (G. J. t. LXVII, p. 484); y de 1º de febrero de 1952 (G. J. t. LXXI, p. 195), expresa que para el delito de concusión "basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta", vale decir, el temor de cualquier daño por la desobediencia a esa autoridad.

Aludiendo a esas relaciones de particular autoridad del agente del delito de concusión respecto de la persona constreñida, también la Corte, en sentencia de 24 de julio de 1956, (G. J. t. LXXXIII, p. 325), dice que "los contratos sobre servicios profesionales celebrados por un juez con los detenidos que se hallan por cuenta

de su juzgado constituyen concusión. Realmente ese vínculo oficial que liga a los presos con su juzgador, los coloca en una situación desventajosa y coactiva que los obliga a aceptar la ilegítima propuesta del funcionario, porque, de no hacerlo, su causa podría correr algún peligro. Es natural, entonces, que los sindicados experimenten temor al no acceder a los deseos de quien tiene en sus manos la libertad de aquéllos, y por eso no les queda más camino que entregar el dinero exigido; y que el juez no hubiera obtenido tales resultados, si los pactos los celebra como simple particular".

En el evento a que se refiere la anterior doctrina y en el caso *sub judice,* aparece esa violencia moral implícita, constituída por ese temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta.

Ese *'metus publicae potestatis',* dice Edgardo H. de Roura Moreno, ("Derecho Penal", parte especial, p. 553, Edit. "Pierrot", Buenos Aires), "no es sino el temor que experimenta la víctima ante la autoridad. Esta simple circunstancia es aprovechada por el agente".

La injusticia de la exigencia surge, así mismo, de la forma coactiva como se hace, pues lesiona los intereses de la administración pública la conducta de los funcionarios oficiales que implique constreñir a alguien, si lo exigido, además, entraña un abuso del cargo o de las funciones por parte del agente.

"No es necesario que el empleado...", dice Luis Carlos Pérez, ("Derecho Penal Colombiano", V. I, p. 175, Edit. "Temis", 1956)..., "ponga sus funciones al servicio de la actividad punible, sino que es suficiente con que destaque ilícitamente la condición pública de que está investido. Esta es la subjetividad del oficio. El funcionario que infunde a sus subalternos el temor del despido para hacerse pagar de éstos una suma de dinero, o para que le entreguen objetos a título de regalo (con lo cual compran aquéllos su confianza de permanecer en el empleo), abusa del cargo; y abusa de sus funciones cuando, teniendo la de privar de libertad a las personas, por ejemplo, amenaza con actualizar una orden de prisión o arresto si el amenazado no le reconoce o promete alguna ventaja, directamente a él o por conducto de otro".

Y la "presión" sufrida por el doctor Echeverri Herrera, como él lo afirma, y como se desprende su existencia de ese *metus publicae potestatis* que la elevada jerarquía del cargo de Presidente de la República representa, constituye un abuso del cargo por parte del sindicado en este proceso, si se tiene en cuenta que la proposición hecha por éste al Gerente de la Caja Agraria nada tenía que ver con las funciones asignadas al Jefe del Estado, sino con la parcelación de las fincas de "Mosquitos" y "Sabanas de Román", de propiedad de la "Sociedad Ganadera de Patiño Ltda.", que el señor Gustavo Rojas Pinilla gerenciaba, proposición animada por el interés de que dicha institución crediticia facilitara la venta de esos terrenos a los presuntos parceleros, y cumplida ante un funcionario público jerárquicamente dependiente del procesado.

Por cuanto el medio intimidativo (violencia moral implícita) no dio lugar a la promesa o a la realización de los actos propuestos por el señor Gustavo Rojas Pinilla, es por lo que la conducta de éste debe calificarse como tentativa de concusión, pues este delito sólo se consuma cuando ocurren el *dar* o el *prometer.*

Con este respecto, además de las razones ya señaladas en la providencia recurrida, cabe citar los conceptos de los siguientes tratadistas, transcritos por el doctor Jesús Bernal Pinzón en sus "Conferencias de Derecho Penal", p. 19 y 20:

"El evento del delito de concusión está representado por la determinación de la voluntad como efecto del constreñimiento o inducción, seguida del hecho de dar o prometer; se tiene, por tanto, un caso en el que el evento está constituído por la conducta de otro", (Filippo Grispigni, "I delitti contro la Publica Admministrazzione", Roma, 1953, p. 149).

Este autor agrega que "relativamente al evento, debe considerarse que la concusión es un delito con pluralidad de resultados (eventos), en cuanto que un primer evento se da con la percepción por otro de la conducta dirigida a constreñir o inducir; un segundo, en el efecto que tal percepción produce sobre la voluntad del sujeto pasivo, es decir, la determinación de dar o prometer; un tercero, en la entrega o en la promesa; un cuarto (eventual) en el hecho de que una cosa pase del dominio de una persona al de otra", (op. cit., p. 150).

En la obra de Saltelli y Romano Di Falco, ("Comento Teorico-Práctico del Codice Penale", v. III, p. 209), se dice que "la concusión se consuma apenas el sujeto pasivo haya dado o prometido al funcionario público o a un tercero el dinero u otra utilidad".

Asimismo Vincenzo Manzini (t. 5º, p. 174 y 175 de su tratado), dice que "la concusión se tendrá en el momento y lugar en que el sujeto pasivo, obedeciendo al constreñimiento ejercido por el funcionario público, o persuadido por

éste, ha dado o prometido, al funcionario público o a un tercero, dinero u otra utilidad.

La misma calificación de tentativa es la que corresponde dar en el delito de extorsión, cuando el agente, realizada la amenaza o la violencia o la simulación de autoridad pública o presentada la falsa orden de la misma (art. 406), no obtiene que la víctima entregue, envíe, deposite o ponga a su disposición lo que el extorsionador se propone.

Cabe anotar que la doctrina ha entendido que la concusión cometida mediante violencia o amenazas, sólo se distingue del delito de extorsión en que aquélla únicamente puede ser cometida por el funcionario público o el encargado de un servicio público. En efecto, Antonio Vicente Arenas, en su obra "Comentarios al Código Penal Colombiano", (Biblioteca de la Universidad Libre, Bogotá, 1959), dice en el tomo primero, página 81, que "si quien constriñe o induce a dar o prometer lo hace simulando autoridad pública que no tiene, no comete delito de concusión que es delito contra la administración pública, sino delito contra la propiedad (art. 406)".

Es de observar que tanto en la concusión como en la extorsión se considera como medio compulsivo el temor genérico que la autoridad pública, cierta en aquélla y simulada en ésta, suscita en el ánimo de quien es requerido con una exigencia injusta: vale decir, que ese *metus publicae potestatis* es tomado como medio de constreñimiento en ambas figuras penales: en forma expresa en la extorsión, y como violencia moral implícita en la concusión.

Recuérdese que el artículo 406 reprime como extorsión la conducta de quien "por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos...".

El tratadista Giuseppe Maggiore ("Derecho Penal", v. 5º, Editorial "Temis", Bogotá, 1957), quien estima que el delito de concusión mediante violencias o amenazas es el delito de extorsión cometido por un funcionario público, dice lo siguiente: "La amenaza...", en el delito de extorsión... "se viste y se disfraza de infinitas formas, cuantas sean las artes del ingenio encaminado al mal. Puede ser expresa o tácita, explícita o implícita, directa o indirecta (por interpuesta persona), oral o escrita y figurada, postal, telegráfica, telefónica, etc. Los medios fraudulentos, los artificios y las trampas, la simulación y el engaño, el fingimiento de cualidades y funciones, pueden transformarse en amenaza si actúan de modo que intimiden al sujeto pasivo. Indudablemente, la coacción se halla implícita en la simulación de una orden de la autoridad, lo que estaba expresamente considerado como forma de extorsión en el código derogado (art. 409). También puede degenerar en extorsión la estafa, que el Código contempla como agravada (art. 640, apartado Nº 2), es decir, la estafa cometida al producir en el sujeto el temor de un peligro imaginario, siempre que la representación de este peligro, en vez de inducir a error a la víctima, tenga por efecto la coacción de su libertad", (ps. 96 y 97).

Y si la simulación de autoridad pública da lugar al delito de extorsión, cuando es puesta en juego para que la víctima entregue, envíe, deposite o ponga a disposición del agente cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, en razón de ese *metus publicae potestatis* que suscita la calidad de funcionario público (aquí simulada), con igual razón debe entenderse que esa condición de autoridad pública, cierta, es medio coercitivo en el delito de concusión, porque allí también se presenta ese temor genérico que esa autoridad suscita, en el caso de ser desobedecida o de ser contrariada en sus propósitos.

Claro que es menester, para el caso *sub judice*, tomar en consideración que la persona objeto de ese *metus publicae potestatis* también era un funcionario público: el doctor Echeverri Herrera desempeñaba el cargo de Gerente de la Caja Agraria. Pero el agente que puso en juego ese temor genérico que la autoridad suscita, al sugerir un interés suyo en que esa institución crediticia colaborara económicamente, mediante préstamos a presuntos parceleros, en la parcelación de las fincas de "Sabanas de Román" y de "Mosquitos", también era otra autoridad, la de mayor jerarquía en lo administrativo: el señor Gustavo Rojas Pinilla desempeñaba la Presidencia de la República. Y dándose esa dependencia jerárquica entre el doctor Echeverri Herrera y el procesado, es lógico aceptar ese estado de "presión" a que alude aquél, ocasionado por la suprema autoridad que éste representaba, como Jefe del Estado.

Naturalmente porque esa "presión" no llevó al "convencimiento" (como expresa el doctor Echeverri Herrera); vale decir, cómo la violencia moral implícita no alcanzó el fin buscado, es por lo que el delito de concusión no llegó a consumarse (no existió, siquiera, la promesa de sa-

tisfacer los propósitos del agente) y alcanzó, sólo, el grado de tentativa.

Es casi innecesario aseverar que no se trata, en los hechos examinados, de meros *actos preparatorios,* puesto que el ilícito entró en la etapa ejecutiva, no alcanzando, eso sí, el grado de consumación. En efecto, la violencia moral implícita existió y fue señalada por el sujeto activo la utilidad privada (no de interés de la administración pública) que se proponía. Igual cosa sucede con respecto al delito de extorsión: si se hace la amenaza, pero la entrega, el envío o el depósito de lo que solicita el agente no es hecho por la víctima, esta infracción penal queda en el grado de tentativa.

Puede hablarse de *actos preparatorios* en el delito de concusión o en el delito de extorsión, por ejemplo, cuando el sujeto activo, en el supuesto de que se proponga poner en juego una amenaza por escrito, apenas haya elaborado la misiva que va a remitir a la víctima. Pero cuando ya la amenaza es hecha, es imposible jurídicamente concluír en que apenas se trata de actos *preparatorios* de aquellos delitos, precisamente porque ha entrado el agente en la etapa ejecutiva de los mismos: se ha dado comienzo a la ejecución.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA LA REPOSICION propuesta contra el auto de 14 de agosto de 1961, de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, con salvamento de voto; *Enrique Coral Velasco,* con salvamento de voto; *Roberto de Zubiría, Gustavo Fajardo Pinzón,* con salvamento de voto; *Ignacio Gómez Posse,* con salvamento de voto; *José Hernández Arbeláez,* con salvamento de voto; *Enrique López de la Pava,* con salvamento de voto; *Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Arturo C. Posada,* con salvamento de voto; *Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta,* con salvamento de voto; *Primitivo Vergara Crespo,* con salvamento de voto; *Luis Carlos Zambrano, Julio Pardo Dávila,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GUSTAVO FAJARDO PINZON.

Con el debido respeto a las opiniones de los demás miembros de la corporación, con las cuales no coincida, por uno u otro motivo, la mía, en el pronunciamiento de esta fecha, hago constar las razones que me han determinado a votar afirmativamente su parte decisoria, salvando mi dictamen en cuanto al calificativo de "delito de concusión, *en el grado de tentativa*", dado en la motivación al ilícito por el cual la Corte ha traído a responder por la vía criminal al expresidente Rojas Pinilla.

Si bien he profesado la opinión de que, por haber el Senado de la República llamado a juicio al reo, de acuerdo con el artículo 97 de la Carta, ese acto ha debido considerarse por sí solo suficiente para imperar, como tal, todos los efectos procesales subsiguientes, así los del fuero político ante la Cámara alta, como los del fuero penal ante la Corte Suprema de Justicia (véanse mis salvamentos de voto de 27 de octubre de 1960 y 14 de agosto último, folios 107, 108 y 264, c. 11), es lo cierto que, habiendo dictado la Corte, en este negocio, auto de proceder, en el que enfáticamente predica su competencia al respecto, por entender que la vocación que formuló el Senado sólo lo fue para el juzgamiento de carácter político y reafirmando así, la misma Corte, su jurisprudencia en tal sentido consagrada en sentencia de la Sala Plena de fecha 2 de agosto de 1960 (XCIII, 2228-2229, págs. 26 y ss.), ello ha creado en la presente causa una situación procesal, que, estimo, no puedo desconocer, como unidad que soy de este juez colectivo.

Establecido, pues, por la Corte el presupuesto de su competencia, cuya atribución, por otra parte, no le ha sido discutida por el sindicado en su reclamo contra el auto de proceder, e inclinándome ante esa situación, dejo descartada toda controversia sobre esta cuestión previa, para referirme al fondo del proveído.

En mi sentir, los elementos probatorios en

que la mayoría de la Sala funda el calificativo de tentativa de concusión, sirven para imputar al sindicado el delito perfecto de este nombre, como así lo estimó el Senado de la República. Porque es, atendiendo a la naturaleza del acto externo peligroso y habida cuenta del bien lesionado por el mismo y que la ley penal ha querido proteger, como se determina el tipo del delito.

En materia de *concusión,* el bien público protegido es la pureza de la función administrativa; y por ello el artículo 156 del Código Penal, considera como ilícito de este nombre el hecho de que el funcionario o empleado público, abusando de su investidura, ejerza constricción o inducción sobre alguien, a fin de hacerse dar o prometer, para sí o para un tercero, cualquiera utilidad, que desde luego puede consistir en *un dar* o en *un hacer* o en *un abstenerse.*

Pero el precepto, tanto por su contexto como por el fin que se propone, no exige, para que la concusión se entienda consumada, que el funcionario o empleado haya obtenido la dádiva, ni siquiera la promesa de lo que intentaba conseguir. El solo hecho de coacción o instigación sobre alguien realizado por el funcionario, abusando de sus funciones y con el móvil dicho, es bastante a que la administración quede vulnerada en su prestigio y en su razón de ser, trocándose de servicio público en amenaza social. La concusión es así uno de aquellos delitos que en el lenguaje clásico se llamaron formales, por no exigir para su existencia e incriminación el logro del resultado querido por el agente, y que la ciencia penal contemporánea califica de "unisubsistentes": *qui unicu acto perficiuntur,* porque en ellos el momento de la ejecución y el de la consumación se confunden, excluyendo la posibilidad de un *iter criminis.*

Así, otro delito de esta categoría es el de la comisión de violencia contra un funcionario público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones (artículo 184 C. P.), pues, como lo enseñan los doctrinantes, el delito se consuma en el momento en que la intimidación o la violencia se concretan, aunque el agente no consiga su intento, porque entonces lo que la ley penal quiere defender es la independencia del funcionario. También la denuncia calumniosa y el falso testimonio (artículos 188 y 191 ibídem), aunque respectivamente no alcancen ni a la condena del inocente, ni a la absolución del culpable, son delitos perfectos, pues, teniendo por objeto la ley que los reprime el proteger la santidad de la justicia, desde que la acusación falsa o el falso testimonio se producen, el quebranto del derecho resulta completo.

No me cabe, pues, duda acerca de que en el caso *sub júdice,* la prueba que encontró la mayoría de la Sala para graduar de "tentativa de concusión" el hecho por el que llamó a juicio al sindicado, legitimaba a la Corte para hacer esa vocación refiriéndola al delito consumado de esta especie.

Son tales razones, las que me han llevado a votar afirmativamente la parte resolutiva del auto de esta fecha, en cuanto no se accede a reponer lo resuelto en el de fecha 14 de agosto de 1961, por el cual se llamó al sindicado a responder, en juicio criminal de única instancia, por delito de concusión, genéricamente considerado; pero a salvar mi voto, en cuanto por la motivación del proveído de hoy se insiste en considerar tal ilícito como delito tentado, siendo así que ha debido rectificarse el concepto para acoger el de delito perfecto de concusión.

Fecha ut supra.

Gustavo Fajardo Pinzón

SALVAMENTO DE VOTO
DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES LUIS ALBERTO BRAVO, ENRIQUE CORAL VELASCO, ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA Y JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ.

1. En posición contradictoria nunca se encuentra la verdad, que es equilibrio, orden y armonía.

El Estado colombiano por medio de la Cámara Alta llamó a juicio por delito perfecto de concusión al ex-Presidente Rojas Pinilla, y le impuso por sentencia ejecutoriada las penas políticas correspondientes a la responsabilidad también política que le dedujo.

No es concebible en derecho ni en razón, que el Estado colombiano se contradiga consigo mismo. Y estaría en contradicción notoria si

aquella condición de procedibilidad, criterio que, aunque no comparto, debo acatar.

Hecha esta necesaria aclaración, me permito agregar, como tuve oportunidad de expresarlo en la sesión de Corte Plena, verificada el día 23 de los corrientes, que en mi concepto este proceso (aceptada la competencia), ha debido culminar con un sobreseimiento definitivo, ya que el hecho que se le imputa al procesado no es subsumible dentro de la previsión abstracta en que la ley penal estructura el delito de concusión. Confundiéndose, en lo substancial, las razones en que me fundé para sustentar esta opinión con las extensamente expuestas por el magistrado doctor Vergara Crespo en su salvamento de voto a la providencia enjuiciatoria, en homenaje a la brevedad a éstas me remito.

Fecha ut supra.

Julio Roncallo Acosta

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR PRIMITIVO VERGARA CRESPO.

Por las razones que tuve oportunidad de exponer ampliamente en mi anterior salvamento de voto, cuando se dictó la providencia de cuya reposición se trata, considero que ha debido ponerse término a este proceso con un sobreseimiento definitivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, ya que en mi concepto el hecho imputado al acusado y ex-Presidente señor Gustavo Rojas Pinilla no es constitutivo del delito de concusión.

Por lo tanto, me veo en el caso de apartarme de las conclusiones a que ha llegado la mayoría de la Corte al afirmar el llamamiento a juicio, contra dicho sindicado, salvando nuevamente mi voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra.

Primitivo Vergara Crespo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL HONORABLE MAGISTRADO DOCTOR IGNACIO GOMEZ POSSE.

"Artículo 16 Código Penal. El que con el fin de cometer un delito, diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada por el delito consumado".

"Artículo 156 Código Penal. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquiera otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años".

"Artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. Cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o copartícipe, del hecho que se investiga, el juez dictará auto de proceder".

Motivaciones que respaldan mi opinión contra el auto de proceder cuya reposición se ha solicitado en el presente negocio.

1ª Estoy en desacuerdo con la aludida providencia en cuanto afirma que se haya probado plenamente el cuerpo del delito porque se procede y a que la imputación la sustenta un testigo "que ofrece serios motivos de credibilidad". Porque si como lo ordena la ley *imperativamente* la vocación a juicio requiere que el pri-

mer elemento obre demostrado con plenitud, no puede aceptar que un solo declarante —que es en el fondo lo que existe de cargo en la instrucción— declarante que merece serias tachas a la luz de elemental crítica del testimonio, pueda constituír la exigente prueba que requiere la ley. Y que ese declarante, que se convirtió en acusador según sus propias manifestaciones hechas al través de sus varias exposiciones, sirva, asimismo, como prueba de imputación.

2ª Lo anterior sería suficiente para no compartir el criterio, muy respetable desde luego, de la mayoría de la Sala. Pero existen otras objeciones fundamentales que sintéticamente voy a expresar.

Los actos preparatorios, los ejecutivos y los consumativos integran elementos del delito. La ley penal y nuestros doctrinantes no admiten que la tentativa punible pueda ser estructurada con actos preparatorios, que es lo que en mi sentir podría aceptarse en el caso de estudio, en el supuesto de estar debidamente probada la tan traída conferencia telefónica; acto preparatorio, de expresión de un pensamiento en alistamiento de actos ejecutivos que no tuvieron ninguna realidad, como así lo acredita el proceso. Luego no existe la tentativa que se le carga al sindicado. Y así dice Carrara (Programa). "No constituyen *tentativa* las amenazas, si bien vayan acompañadas de *gestos* (subraya el autor), cuando éstos no se dirigen a comenzar la ejecución del delito sino a expresar únicamente la intención de cometerlo... Dedúcese de lo dicho que no son tentativas los actos meramente *preparatorios*. Podrán representar en el ánimo del agente un *comienzo* de la operación criminal deliberada, mas no debe reconocerse en ellos la única y exclusiva dirección hacia el delito".

3ª Y es el profesor citado y con él los más calificados doctrinantes del derecho penal quienes sostienen que en la tentativa, para que tenga existencia, debe aparecer demostrada la intención directa y perfecta para delinquir y que "ese elemento moral del conato requiere una prueba específica, sin que valga decir: este acto podía causar tal efecto, luego su ejecutor tenía la intención de producirlo", y que "nunca se repetirá lo bastante, —sigue Carrara— ni se recomendará tampoco aquella verdad lógica y jurídica, que los dos elementos de la tentativa (intención y peligro) exigen cada uno de ellos demostración especial y completa. Quien busque en la claridad resultante del uno el medio de desvanecer las sombras que se proyectan sobre el otro, razona mal y quebranta los preceptos de la justicia".

Luigi Scarano en su tratado sobre La Tentativa dice (pág. 56): "*Cuando exista la prueba de una intención malvada específica* (subraya el autor) y de un acto externo dirigido al propósito criminoso, no conseguido, se debe considerar que existen los requisitos de la tentativa punible, ha dicho la Corte de Casación desde 1902". (Italiana).

El mismo autor anota: "La existencia del fin es elemento para la noción de la tentativa... En síntesis, el fin es el que da el tono, el plasma de la tentativa y por ello constituye la razón de ser de su incriminibilidad".

Ferri (Principios de Derecho Criminal) sostiene que la intención criminosa configura la tentativa y hace un detenido estudio sobre el particular y dice: "Ambas formas de la tentativa tienen (en la doctrina clásica y en la ley vigente) estos caracteres comunes: 1º El propósito criminoso persistente, el fin de cometer un delito; 2º El principio de ejecución, en sentido restringido, esto es, más allá de los actos preparatorios, usando medios idóneos; 3º El esfuerzo o conato para alcanzar la meta".

Sobre estos presupuestos doctrinarios, cabe preguntar: ¿Dónde existe en la investigación la prueba específica del elemento delictivo intencional? ¿Dónde la del propósito criminoso persistente por parte del imputado en realizar un hecho ilícito penal, cuando el sumario no trae otra configuración de la presunta tentativa que la tan discutida conversación telefónica? ¿Tenía el sindicado en sus manos, sí o nó, recursos suficientes para entrar con medios adecuados a la consecución del fin delictivo? Si el imputado, como lo dice el declarante, gozaba de poderes omnímodos, ¿por qué se limitó a tener una conversación y ahí se detuvo, y de ello se ha pretendido inferir una intención, un móvil delictivo?

No es que yo confunda la consumación del delito de concusión con su agotamiento; una cosa es el delito consumado y otra el delito agotado a que se refiere el profesor Ferri; la concusión se consuma cuando constreñido o inducido el agente pasivo, éste da o promete; y se agota cuando el fin criminoso propuesto por el sujeto activo ha tenido total cumplimiento. Pero en ambos casos debe existir probado como elemento esencialmente integrante del cuerpo del delito el móvil delictuoso, la intención directa y perfecta a que alude Carrara. Prescindir de la intención, ignorarla o suponerla con prueba deficiente para estructurar la ten-

tativa, es caminar un sendero abierto a todas las arbitrariedades del poder, con grave mengua y peligro para las libertades individuales.

4ª Sobre la adecuación de los medios en orden a realizar el hecho punible tratan los expositores. Me limito a citar a Scarano: (Tentativa): "Si el medio es inidóneo, su empleo aun cuando sea la manifestación de una voluntad dirigida al delito, no alcanza a ser una acción penalmente relevante y por ello, jurídicamente no existe. Por el contrario si el medio resulta idóneo entonces se tiene una acción penalmente relevante y se plantea, por consiguiente, el problema ulterior de si la acción es adecuada o inadecuada para producir el daño o el peligro... El criterio de la adecuación de los medios es el requisito primero y esencial de toda actividad ilícita".

Sobre este tópico caben las siguientes observaciones: El único medio adoptado por el sindicado, manifestación oral, no era el adecuado para la realización del fin criminal, supuesto que éste hubiera existido y estuviera adecuadamente probado, porque sólo la entidad que por mandato de sus estatutos tenía la capacidad de obrar en orden a decretar la parcelación de que trata el proceso, era quien podía dar o prometer con eficacia de fin; no el declarante, quien como lo afirma, no se sintió "ni convencido ni inducido", "ni logró convencerlo de la viabilidad de la insinuación" pero sí "presionado". Falta, pues, la adecuación del único medio a que se contrae la sumaria. Y sobre este medio es interesante relievar lo que sigue: ¿El denunciante que se sintió presionado ante el influjo del temor a la autoridad jerárquica de su interlocutor telefónico, desarrolló subsiguientemente alguna actividad que se dirigiera, en gracias del temor, a facilitar, a cooperar al logro de la propuesta, o por el contrario, el "presionado" buscó la manera —como él lo afirma con el nombramiento de la comisión de marras— para oponerse ante la posibilidad de que la propuesta entrara a un plan de ejecución que nunca tuvo vigencia? Y en este caso, que es el del proceso, la presión tuvo un carácter negativo que la hace inexistente porque sería aberrante aceptar que quien afirma que se siente presionado para verificar un hecho prohibido por la ley, tomara una dirección contraria, cuando el temor ante la omnímoda jerarquía "hubiera presionado" en sentido distinto. Ni adecuación de medios ni presión es lo que se deduce de las propias manifestaciones del denunciante.

Estimo que era del caso darle cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal en sus dos primeros numerales.

Fecha ut supra.

Ignacio Gómez Posse

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO C. POSADA.

Las razones que expuse para considerar que debía sobreseerse a favor del acusado por el delito de concusión, me llevan a sostener que el auto de enjuiciamiento debe revocarse para proferir el sobreseimiento de carácter temporal, y a salvar mi voto en tal sentido.

Fecha ut supra.

Arturo C. Posada

EXEQUIBILIDAD DE LA PARTE FINAL DEL ORDINAL C) DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO NUMERO 1713 DE 18 DE JULIO DE 1960, POR EL CUAL SE DETERMINAN ALGUNAS EXCEPCIONES A LAS INCOMPATIBILIDADES ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 64 DE LA CONSTITUCION.

Recuento de las distintas disposiciones legales relacionadas con la acumulación de un sueldo oficial y una pensión jubilatoria. Naturaleza, origen y finalidad de la pensión de jubilación. Qué alcance tiene el vocablo "asignación" empleado por el artículo 64 de la Carta. Este artículo no impone exigencia alguna a las excepciones que en casos especiales permite introducir. El sueldo de retiro de que disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas. La parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto acusado no es contrario a lo preceptuado por los artículos 17 y 64 de la Constitución.

En desarrollo de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 19 de 1958, el Gobierno dictó el Decreto número 1713 de 18 de julio de 1960, cuyo artículo 1º reproduce la regla general de que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público y consagra varias excepciones a esta regla, entre ellas la señalada en el ordinal c) que en su parte final ha sido acusado de inexequible.

El mencionado artículo en lo pertinente es del siguiente tenor:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:

c) Las que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos ($ 1.200.00) mensuales".

El demandante sostiene que es inexequible la segunda parte del ordinal c) del precepto transcrito "en cuanto hace incompatibles entre sí la pensión de jubilación y el sueldo asignado a un cargo público cuando su valor conjunto exceda de mil doscientos pesos".

Consideraciones de la Corte:

Consagrada constitucionalmente la prohibición de recibir más de un sueldo o asignación proveniente del Tesoro Público, se dispuso primero por la Ley 29 de 1905 y más tarde por el Decreto número 136 de 1932 y por la Ley 28 de 1943 que quien estuviese devengando pensión del Estado no podría ser a la vez empleado público o percibir sueldo del mismo Estado. Esta prescripción no era más que el desarrollo y aplicación de ese principio de incompatibilidad de asignaciones que establece el artículo 64 de la Carta, principio que se extiende al régimen jurídico de las jubilaciones y que allí se conoce con el nombre de la unidad de beneficio.

Esta prohibición absoluta de acumular un sueldo y una pensión jubilatoria fue la primera orientación legislativa en esta materia. Pero como el propio artículo 64 de la Constitución permite introducir excepciones a esa prohibición, se dispuso más tarde por la Ley 6ª de 1945, en su artículo 33, que los trabajadores oficiales jubilados podrían recibir su pensión y desempeñar a la vez cargos públicos, siempre que el valor conjunto de las dos asignaciones no excediera de doscientos pesos mensuales. El rigor del principio de la no acumulación quedó así morigerado por esta disposición, consa-

grada en beneficio de los trabajadores oficiales e impuesta por la necesidad de mejorar las condiciones de vida de quienes, habiendo dedicado sus esfuerzos y capacidades al servicio de la comunidad, no disfrutaban de pensiones suficientes para subvenir a sus necesidades.

En 1949 se elevó a cuatrocientos pesos la limitación de la incompatibilidad y por el Decreto número 1713 de 1960 se la fija en mil doscientos pesos mensuales.

La pensión de jubilación es una prestación pecuniaria que el Estado efectúa periódicamente en favor de las personas que durante un lapso determinado le sirvieron como trabajadores, empleados o funcionarios. Esa pensión tiene su fuente en la ley que la instituye y se encamina a retribuír o compensar al servidor público el desgaste intelectual o físico que de ordinario produce toda labor prolongada que se cumple en el servicio oficial.

Una vez concedida la pensión, asume ella el carácter de derecho adquirido y se incorpora como tal en el patrimonio del agraciado. Por su aspecto activo constituye un crédito de éste contra el Estado, y por su lado pasivo es una obligación de ésta misma entidad para con el jubilado. En sentencia de 8 de febrero de 1946 dijo la Corte que "la pensión equivale a un sueldo ya causado, es la retribución de servicios prestados, no por prestarse", que ella tiene carácter compensatorio y constituye "un derecho adquirido, garantizado en la Constitución e invulnerable por leyes o actos administrativos o jurisdiccionales posteriores" (LX, 3 ss.).

La tesis cardinal del demandante consiste en sostener que la pensión jubilatoria, fuera de ser un derecho adquirido e invulnerable, tiene la condición jurídica de un crédito del beneficiario contra el Estado y que por tanto no puede ser calificada de "asignación" para el efecto de aplicarle el principio de incompatibilidad que establece el artículo 64 de la Carta.

No se remite a duda que la pensión de jubilación, una vez reconocida, adquiere la naturaleza jurídica de un crédito del jubilado contra la persona o entidad que la concede. Cuando es el Estado quien la otorga, éste atiende al pago de la obligación correlativa mediante el señalamiento y entrega de la cantidad que constituye su importe o contenido. Esta prestación pecuniaria que grava el Tesoro Público recibe en ciencia hacendaria el nombre de asignación. Con este vocablo genérico se designa en Hacienda Pública toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial. De modo que, mirada por su aspecto pasivo, como obligación del Estado y como suma de dinero que éste desembolsa para cubrirla, la pensión jubilatoria ostenta el carácter de una asignación del Tesoro Público. Para el beneficiario es un crédito que le confiere a éste derecho a exigir y recibir la asignación o cantidad de dinero que el Estado deudor apropia para ejecutar la prestación correlativa.

Si esto es así, no puede menos de concluírse que dentro del vocablo "asignación" que emplea el artículo 64 de la Carta caben todas aquellas cantidades de dinero del Tesoro Público que son destinadas al pago de pensiones jubilatorias y que en consecuencia la incompatibilidad que la misma norma consagra se extiende a esas pensiones cuando concurren con un sueldo o con otra asignación de origen y naturaleza similares. Esta es la razón en que se han inspirado las distintas y sucesivas disposiciones legales que prohiben la acumulación de un sueldo y de una pensión jubilatoria.

El artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960 contiene dos reglas, así: una general que mantiene y aplica el principio de no acumulación a un sueldo y a una pensión cuando su valor conjunto exceda de mil doscientos pesos, y otra de índole excepcional que autoriza la concurrencia de las mismas asignaciones cuando la suma de ellas no es superior al guarismo expresado. Cierto es que la disposición somete el principio de la incompatibilidad a un criterio simplemente cuantitativo, pero ello no es razón suficiente para tildarla de injurídica y de inexequible, toda vez que el artículo 64 de la Constitución no impone exigencia alguna a las excepciones que en casos especiales permite introducir al principio aludido y que aquél criterio proporciona, en puntos y casos como éste, la manera de satisfacer una finalidad social que acaso no sería posible alcanzar con un criterio cualitativo.

Tampoco acentúa la supuesta injuridicidad de la disposición anotada ni demuestra su inconstitucionalidad el hecho de que el ordinal d) del mismo artículo 1º del Decreto sustraiga por completo del principio de no concurrencia la pensión o sueldo de retiro de que disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas, porque este sueldo obedece a causas diferentes y está sujeto a otro régimen jurídico en razón de los servicios especiales que prestan los cuerpos armados de la Nación. Antes que un privilegio, la posibilidad de acumular en este ramo un sueldo de retiro con otra asignación que el Decreto

consagra también como excepción al principio general, constituye un acto de justicia que busca resarcir la inhabilidad que para desempeñar otros oficios resulta por lo común de la consagración a los riesgos, a los sacrificios y a la especialidad de las funciones castrenses.

La excepción que establece el ordinal c) del artículo 1º del Decreto 1713 no vulnera el derecho a la pensión, sino que lo favorece, desde luego que le permite al beneficiario recibir a la vez dos asignaciones dentro del límite que la misma norma señala. Este es precisamente su fin primordial. Aquel precepto tampoco viola el artículo 17 de la Carta, que le asigna al trabajo el carácter de función social y le impone al Estado la obligación de protegerlo, porque el jubilado puede ocuparse de cualquier actividad sin perjuicio de su pensión e incluso emplearse de nuevo en el servicio oficial y devengar sueldo dentro del límite nombrado. Al pensionado no se le cohibe trabajar, pero sí recibir más de una asignación del Tesoro Público, que no es lo mismo. La pensión jubilatoria se le concede a sus propias instancias, no para impedirle el trabajo, sino para proporcionarle el modo de descansar y de recuperarse del desgaste producido por los servicios ya prestados.

En resumen, la parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960 no es contrario a lo preceptuado por los artículos 17 y 64 de la Constitución Nacional y por tanto no es el caso de hacer la declaración de inexequibilidad que se solicita.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, D. E., diciembre once de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava).

El doctor Néstor Pineda, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha demandado de la Corte la declaración de inexequibilidad de la parte del ordinal c) del artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960 que dice: "...siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos ($ 1.200.00) mensuales".

La demanda del doctor Pineda fue corrida en traslado al señor Procurador General de la Nación, quien rindió concepto favorable a la declaración que se solicita.

En uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 19 de 1958, el Gobierno dictó el Decreto número 1713, de 18 de julio de 1960, cuyo artículo 1º dispone entre otras cosas:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de Empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:

c) "Las que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos ($ 1.200.00) mensuales".

El demandante sostiene que es inexequible la segunda parte del ordinal c) del precepto transcrito "en cuanto hace incompatibles entre sí la pensión de jubilación y el sueldo asignado a un cargo público cuando su valor conjunto exceda de mil doscientos pesos".

En desarrollo de esta tesis expresa la demanda: "Como se ve, el concepto de incompatibilidad entre las dos asignaciones, como el Decreto llama a la pensión y al sueldo, es cuantitativo y no cualitativo, lo cual es injurídico y anticientífico. La coactividad del derecho, su fuerza imperativa, no está condicionada, no puede estarlo, al valor o cuantía de una o varias relaciones jurídicas idénticas o diferentes. En el supuesto de que, jurídicamente hablando, pudiera llamarse 'asignación' al pago de una pensión vitalicia de jubilación, quedaría desvirtuada la norma prohibitiva del artículo 64 de la Carta, oscurecido su claro sentido y desviada su propia finalidad, si su fuerza obligante quedara supeditada, condicionada a la cuantía de las dos 'asignaciones': la pensión y el sueldo:

"Tanto más injurídica la norma comentada cuanto que a renglón seguido, por medio del inciso marcado con la letra d) del mismo artículo 1º, no se establece incompatibilidad ninguna entre una asignación cualquiera que provenga del Tesoro Público y 'las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas', consagrando así una especie de privilegio de casta, contrario al principio de la igualdad ante la ley, que es en las democracias fundamental garantía, expresa o implícita, en la organización constitucional".

Después de recordar que el ordinal c) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960 contiene dos reglas, una que reproduce la prohibición de recibir simultáneamente una pensión y un sueldo del Tesoro Público cuando su valor conjunto

excede de $ 1.200.00 y otra que establece una excepción, dice el doctor Pineda que acusa como inconstitucional la parte de dicho precepto que reza: "Siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos ($ 1.200) mensuales".

Añade luego el mismo demandante:

"En efecto, el artículo 30 de la Constitución garantiza los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes, por personas naturales o jurídicas, 'los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'.

"La pensión de jubilación que las leyes sociales establecen en favor de los trabajadores del Estado no es hoy un don gratuito, una merced que el Estado mismo, por medio de leyes posteriores, pueda desconocer, recortar, condicionar o vulnerar. Es por el contrario, un derecho perfecto que entra al patrimonio del pensionado en cuanto éste alcanza a reunir las exigencias de la ley general: prestación del trabajo por un lapso determinado, edad reglamentaria y pago de su contribución a la formación del fondo especial con cargo al cual se hacen los pagos periódicos.

"Una vez consolidado el derecho, reconocido nominativamente al pensionado, con arreglo a las leyes, éste se convierte en acreedor del Estado. El derecho subjetivo consagrado en las normas generales se concretiza y transforma —a ello está destinado— en un verdadero derecho de crédito, propiedad de su titular, elemento activo de su patrimonio, cuyo sujeto pasivo es el Estado. Este derecho de crédito, si bien vitalicio y por tanto instransmisible por causa de muerte, está perentoriamente protegido por la garantía constitucional del artículo 30 de la Carta, en el mismo sentido y con la misma energía que las otras formas de propiedad y demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes. Si esta garantía existe para todos los elementos del patrimonio de un sujeto de derecho, ninguno de ellos, así se trate de derechos reales o de derechos de crédito, puede estar sometido por la ley posterior a incompatibilidad de ninguna clase con la remuneración debida al mismo sujeto del derecho con ocasión de su trabajo futuro.

"Siendo esto así, la prestación periódica a que queda obligado el Estado, a título de pensión de jubilación, no puede ser calificado de 'asignación' en el sentido del artículo 64 de la Constitución. Y puesto que a eso la asimila el Decreto acusado para establecer sobre ese falso concepto incompatibilidades entre ella y el sueldo señalado a un cargo público, en este sentido la norma acusada viola también el propio artículo 64 de la Carta.

"Además, según el artículo 17 de la Constitución 'el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado'. Sin tratar de profundizar en el contenido total de esta norma constitucional —pues no sería del caso— basta con decir que, así fuera tardíamente, se recogió en aquel precepto el eco lejano de la concepción renacentista del trabajo, que es ley de la vida, fuente de civilización y de progreso. Pero lo que el Estado debe proteger no es sólo la actividad física o intelectual en que se manifiesta externamente el trabajo, sino también y principalmente el fruto del trabajo mismo, su resultado, puesto que 'el trabajo consiste en actividad del hombre atenta a todos los fines de la existencia'.

"La norma acusada, en cuanto hace incompatible la pensión de jubilación con un sueldo oficial, realiza propósitos contrarios a la regla constitucional: en lugar de proteger el trabajo lo castiga, bien con la pérdida de la pensión que el trabajador ya había ganado antes, bien con la privación del trabajo y la condenación al ocio".

Acerca del mismo problema se expresa así el señor Procurador General de la Nación: "El artículo 64 de la Carta consagra la prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público, comprendiéndose bajo esta denominación el de la Nación, los Departamentos y Municipios. Pero igualmente la norma constitucional establece que la ley podrá determinar excepciones a esa prohibición. Esto último fue lo que pretendió el Gobierno Nacional con el Decreto 1713 de 1960, en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 19 de 1958. El Decreto adoptó como criterio para indicar las excepciones el de la naturaleza de la función que se remunera y así habló de la docencia, el ejercicio de las profesiones con título universitario, etc. En la que contempla el inciso c) del artículo 1º del Decreto se tuvo más bien un criterio cuantitativo, pues la pensión de jubilación y la remuneración por el servicio prestado en un cargo público sólo son incompatibles cuando su valor conjunto excede de mil doscientos pesos mensuales.

"El criterio no solamente es inadecuado desde el punto de vista de la técnica legislativa, como lo anota el demandante, sino que de propiciarse podría hacer inoperante la norma constitucio-

nal, pues, so pretexto de consagrar excepciones bien podría establecerse por la ley que son compatibles las asignaciones provenientes del Tesoro Nacional y el Municipal, por ejemplo, cuando no excedan de determinada cantidad. El inciso, en sentir de este Despacho, es violatorio del artículo 64 de la Constitución, porque se desconoce el principio que consagró el constituyente: prohibición de recibir simultáneamente más de una asignación proveniente del Tesoro Público.

"Basta esta razón para considerar con el demandante, doctor Pineda Pineda, que el inciso c) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, en la parte 'siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos mensuales', es violatorio del artículo 64 de la Carta Fundamental y la honorable Corte debe declararlo inexequible".

Consideraciones de la Corte:

1. El artículo 64 de la Constitución de 1886 disponía: "Nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro Público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes".

Este precepto fue sustituído por el 23 del Acto Legislativo número 1 de 1936, el cual figura incorporado también con el número 64 en la actual Carta constitucional y que es de este tenor: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de Empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios".

El artículo 14 de la Ley 29 de 1905, sobre pensiones y jubilación, prescribía que "el goce de pensión es incompatible con el ejercicio de cualquier empleo remunerado del Tesoro Nacional".

El artículo 307 del Código Político y Municipal establece que "por regla general una misma persona no puede desempeñar a un tiempo dos o más destinos remunerados", salvo los casos de excepción que la misma norma señala en seguida.

El artículo 1º de la Ley 78 de 1931 dispone: "Entiéndese por Tesoro Público el dinero que, a cualquier título, ingresa a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales.

"En consecuencia, la prohibición de que trata el artículo 64 de la Constitución comprende a los individuos que devengan simultáneamente sueldos de la Nación, del Departamento o del Municipio.

"Parágrafo. Se exceptúan de la regla general consagrada en este artículo los casos enumerados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 8 del artículo 307 de la Ley 4ª de 1913".

En desarrollo de las facultades extraordinarias que se le otorgaron por las Leyes 99 y 119 de 1931, el Gobierno dictó el Decreto número 136 de 1932, cuyo artículo 10 establecía: "Las personas que reciban pensión del Tesoro Nacional no podrán desempeñar al mismo tiempo empleo alguno remunerado".

El parágrafo del artículo 3º de la Ley 28 de 1943 preceptúa: "Ningún pensionado podrá ser empleado público, a menos que desista de recibir la pensión de jubilación, durante el tiempo en que está devengando como empleado público".

Respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas dispuso el artículo 71 de la Ley 2ª de 1945 que las asignaciones de retiro "no son incompatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, con excepción de los del ramo de Guerra".

El artículo 33 de la Ley 6ª de 1945 prescribe: "Los trabajadores oficiales jubilados podrán desempeñar cargos públicos y continuar recibiendo la pensión, siempre que el valor conjunto del sueldo y la jubilación no pase de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales".

El artículo 7º del Decreto número 320 de 1949 establece: "La limitación a que se refiere el artículo 33 de la Ley 6ª de 1945, será hasta la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00)".

Está visto que, en desarrollo de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 19 de 1958, el Gobierno dictó el Decreto número 1713 de 1960, cuyo artículo 1º reproduce la regla general de que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público y consagra varias excepciones a esta regla, entre ellas la señalada en el ordinal c) que atrás se transcribió y que en su parte final ha sido acusado de inexequible.

2. Consagrada constitucionalmente la prohibición de recibir más de un sueldo o asignación proveniente del Tesoro Público, se dispuso primero por la Ley 29 de 1905 y más tarde por el Decreto número 136 de 1932 y por la Ley 28 de 1943 que quien estuviese devengando pensión del Estado no podría ser a la vez empleado público o percibir sueldo del mismo Estado. Esta prescripción no era más que el desarrollo y apli-

cación de ese principio de incompatibilidad de asignaciones que establece el artículo 64 de la Carta, principio que se extiende al régimen jurídico de las jubilaciones y que allí se conoce con el nombre de la unidad de beneficio.

Esta prohibición absoluta de acumular un sueldo y una pensión jubilatoria fue la primera orientación legislativa en esta materia. Pero como el propio artículo 64 de la Constitución permite introducir excepciones a esa prohibición, se dispuso más tarde por el artículo 33 de la Ley 6ª de 1945 que los trabajadores oficiales jubilados podrían recibir su pensión y desempeñar a la vez cargos públicos, siempre que el valor conjunto de las dos asignaciones no excediera de doscientos pesos mensuales. El rigor del principio de la no acumulación quedó así morigerado con esta excepción, consagrada en beneficio de los trabajadores oficiales e impuesta por la necesidad de mejorar las condiciones de vida de quienes, habiendo dedicado sus esfuerzos y capacidades al servicio de la comunidad, no disfrutaban de pensiones suficientes para subvenir a sus necesidades.

En 1949 se elevó a cuatrocientos pesos la limitación de la incompatibilidad y por el Decreto número 1713 de 1960 se la fija en mil doscientos pesos mensuales.

3. La pensión de jubilación es una prestación pecuniaria que el Estado efectúa periódicamente en favor de las personas que durante un lapso determinado le sirvieron como trabajadores, empleados o funcionarios. Esa pensión tiene su fuente en la ley que la instituye y se encamina a retribuír o compensar al servidor público el desgaste intelectual o físico que de ordinario produce toda labor prolongada que se cumple en el servicio oficial.

Una vez concedida la pensión, asume ella el carácter de derecho adquirido y se incorpora como tal en el patrimonio del agraciado. Por su aspecto activo constituye un crédito de éste contra el Estado, y por su lado pasivo es una obligación de esta misma entidad para con el jubilado. En sentencia de 28 de febrero de 1946 dijo la Corte que "la pensión equivale a un sueldo ya causado, es la retribución de servicios prestados, no por prestarse", que ella tiene carácter compensatorio y constituye "un derecho adquirido, garantizado en la Constitución e invulnerable por leyes o actos administrativos o jurisdiccionales posteriores" (LX-2029-2030-2031, 3 y ss.).

La tesis cardinal del demandante consiste en sostener que la pensión jubilatoria, fuera de ser un derecho adquirido e invulnerable, tiene la condición jurídica de un crédito del beneficiario contra el Estado y que por tanto no puede ser calificada de "asignación" para el efecto de aplicarle el principio de incompatibilidad que establece el artículo 64 de la Carta.

No se remite a duda que la pensión de jubilación, una vez reconocida, adquiere la naturaleza jurídica de un crédito del jubilado contra la persona o entidad que la concede. Cuando es el Estado quien la otorga, éste atiende al pago de la obligación correlativa mediante el señalamiento y entrega de la cantidad que constituye su importe o contenido. Esta prestación pecuniaria que grava el Tesoro Público recibe en ciencia hacendaria el nombre de asignación. Con este vocablo genérico se designa en hacienda pública toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial. De modo que, mirada por su aspecto pasivo, como obligación del Estado y como suma de dinero que éste desembolsa para cubrirla, la pensión jubilatoria ostenta el carácter de una asignación del Tesoro Público. Para el beneficiario es un crédito que le confiere a éste derecho de exigir y recibir la asignación o cantidad de dinero que el Estado deudor apropia para ejecutar la prestación correlativa.

Siendo esto así, no puede menos de concluírse que dentro del vocablo "asignación" que emplea el artículo 64 de la Carta caben todas aquellas cantidades de dinero del Tesoro Público que son destinadas al pago de pensiones jubilatorias y que en consecuencia la incompatibilidad que la misma norma consagra se extiende a esas pensiones cuando concurren con un sueldo o con otra asignación de origen y naturaleza similares. Esta es la razón en que se han inspirado las distintas y sucesivas disposiciones legales que prohiben la acumulación de un sueldo y de una pensión jubilatoria.

El artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960 contiene dos reglas, así: una general, que mantiene y aplica el principio de no acumulación a un sueldo y a una pensión cuando su valor conjunto excede de mil doscientos pesos, y otra de índole excepcional que autoriza la concurrencia de las mismas asignaciones cuando la suma de ellas no es superior al guarismo expresado. Cierto es que la disposición somete el principio de incompatibilidad a un criterio simplemente cuantitativo, pero ello no es razón suficiente para tildarla de injurídica y de inexequible, toda vez que el artículo 64 de la Constitución no impone exigencia alguna a las excepciones que en casos especiales permite introducir al principio aludido y que aquel criterio pro-

porciona, en puntos y casos como éste, la manera de satisfacer una finalidad social que acaso no sería posible alcanzar con un criterio cualitativo.

Tampoco acentúa la supuesta injuridicidad de la disposición anotada ni demuestra su inconstitucionalidad el hecho de que el ordinal d) del mismo artículo 1º del Decreto sustraiga por completo del principio de no concurrencia la pensión o sueldo de retiro de que disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas, porque este sueldo obedece a causas diferentes y está sujeto a otro régimen jurídico en razón de los servicios especiales que prestan los cuerpos armados de la Nación. Antes que un privilegio, la posibilidad de acumular en este ramo un sueldo de retiro con otra asignación que el Decreto consagra también como excepción al principio general, constituye un acto de justicia que busca resarcir la inhabilidad que para desempeñar otros oficios resulta por lo común de la consagración a los riesgos, a los sacrificios y a la especialidad de las funciones castrenses.

La excepción que establece el ordinal c) del artículo 1º del Decreto número 1713 no vulnera el derecho a la pensión, sino que lo favorece, desde luego que le permite al beneficiario recibir a la vez dos asignaciones dentro del límite que la misma norma señala. Este es precisamente su fin primordial. Aquel precepto tampoco viola el artículo 17 de la Carta, que le asigna al trabajo el carácter de función social y le impone al Estado la obligación de protegerlo, porque el jubilado puede ocuparse en cualquier actividad sin perjuicio de su pensión e incluso emplearse de nuevo en el servicio oficial y devengar su sueldo dentro del límite nombrado. Al pensionado no se le cohibe trabajar, pero sí recibir más de una asignación del Tesoro Público, que no es lo mismo. La pensión jubilatoria se le concede a sus propias instancias, no para impedirle el trabajo, sino para proporcionarle el modo de descansar y de recuperarse del desgaste producido por los servicios ya prestados.

En resumen, la parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960 no es contraria a lo preceptuado por los artículos 17 y 64 de la Constitución y por tanto no es el caso de hacer la declaración de inexequibilidad que se solicita.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara que es exequible la parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960.

Transcríbase esta decisión al señor Ministro de Gobierno para los efectos a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el negocio.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 58, 77 Y 98 DEL DECRETO-LEY 1715 DE 18 DE JULIO DE 1960, POR EL CUAL SE ORGANIZA LA DIVISION DE IMPUESTOS NACIONALES Y SE DETERMINAN SUS FUNCIONES.

En relación con estas disposiciones acusadas el Ejecutivo extralimitó las facultades que recibió del Congreso.

El Decreto 1715 de 1960, del que hacen parte los artículos 58, 77 y 98 objeto de la presente acusación, fue dictado con invocación de las facultades extraordinarias que confirió al Presidente de la República la Ley 19 de 1958. Esta ley en su artículo 26 estableció:

"Con el preciso y exclusivo objeto de que pueda dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley, en cuanto a ello exceda el ejercicio de la potestad reglamentaria, invístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, hasta el día 20 de julio de 1960. Los decretos que se dicten en uso de estas facultades, serán sometidos previamente a la aprobación del Consejo de Ministros".

Y en su artículo 18 había dispuesto:

"El Gobierno, con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento, reorganizará los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente, y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades conforme al inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Nacional".

Es indudable, pues, que el Gobierno recibió autorizaciones extraordinarias con relación a los Ministerios y otros organismos administrativos, pero no fueron ellas generales o indeterminadas, sino circunscritas a la precisa materia de su reorganización, con las miras especificadas en el artículo 18 de la Ley 19 de 1958, que, por lo demás, apenas menciona las finalidades racionales de cualquier reorganización administrativa.

Ahora bien: reorganizar, o lo que es lo mismo, volver a organizar, implica, en la acepción corriente del vocablo y en la que trae el diccionario de la Academia (organizar: "establecer, o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla"), la idea de una actividad que se desarrolla en el interior de la cosa objeto de la reorganización. De manera que si bien el Gobierno podía modificar hasta el máximo la estructura de los Ministerios, y concretamente, la de las dependencias del Ministerio de Hacienda que tienen a su cargo todo lo relacionado con el recaudo de los impuestos, no podía en manera alguna tomar medidas que, so pretexto de una tal reestructuración, tuvieran incidencia directa sobre los derechos de los contribuyentes como tales.

Así las cosas, resulta por demás evidente que no son medidas reorgánicas las tomadas por el Ejecutivo en los artículos 58, 77 y 98 del Decreto 1715 de 1960. El primero de los mencionados preceptos faculta al Jefe de la División de Impuestos Nacionales para determinar "dentro de qué cuantía y condiciones deben estar sometidas al grado de consulta ante su despacho las providencias que dicten cada una de las secciones regionales de recursos tributarios en materia de impuestos sobre la renta, sus complementarios y adicionales, de sucesiones y donaciones e indirectos"; esto es, estatuye directamente respecto a los contribuyentes, cuyos reclamos podrían verse sometidos a las dilaciones inherentes al grado de consulta que el Jefe

de la División de Impuestos Nacionales tuviera a bien establecer con relación a las providencias de sus subalternos. Contiene, pues, una medida de carácter procedimental y nada provee respecto a la estructura interna de la aludida División de Impuestos.

En cuanto a los artículos 77 y 98, que autorizan al Jefe de la División de Impuestos Nacionales para que directamente o por intermedio de sus delegados pueda revisar de manera oficiosa las liquidaciones de los impuestos sobre la renta y complementarios y adicionales y de sucesiones y donaciones hasta dos años después de sus notificaciones, es igualmente evidente que no contienen medidas reorgánicas, que por definición deben limitarse en sus efectos a la esfera interna del Ministerio. Estos artículos afectan directamente los intereses de los contribuyentes en su derecho a tener certeza en algún momento determinado sobre el monto de las sumas que les corresponde pagar según liquidaciones de los competentes funcionarios estatales.

Si, pues, los artículos 58, 77 y 98 del Decreto acusado nada establecen respecto a la reorganización del Ministerio de Hacienda, es obvio que en ellos el Ejecutivo extralimitó las facultades que recibió del Congreso en los artículos 18 y 26 de la Ley 19 de 1958, y que, por ende, indebidamente ejercitó funciones legislativas, razón por la cual quebrantó el artículo 76 de la Constitución, que adscribe en principio al Congreso el ejercicio de tales funciones.

Las facultades que recibió el Gobierno no fueron para que estatuyera sobre cualquiera materia objeto de las actividades de los Ministerios, Departamentos Administrativos e Institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica, sino exclusivamente para reorganizar esos organismos oficiales, lo que las circunscribe apreciablemente, y con ello el legislador apenas obedeció a la exigencia sobre precisión de las facultades que contiene el mencionado ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. Por consiguiente no hay para qué averiguar si en los artículos acusados el Gobierno tomó medidas sobre materias de la competencia de los Ministerios, para determinar su conformidad o inconformidad con la Constitución, sino que basta para concluír en el segundo sentido, comprobar que no contienen medidas reorgánicas para la sola adopción de las cuales había sido autorizado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

En ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Codificación Constitucional, el doctor Luis Eduardo Cartagena pidió a la Corte que declare "que son inexequibles los artículos 58, 77 y 98 del Decreto número 1715 dictado el 18 de julio de 1960 por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio del cual la rama ejecutiva organiza la División de Impuestos Nacionales y se determinan sus funciones, todo ello en uso de las facultades constitucionales y legales, y de las extraordinarias que le confiere la Ley 19 de 1958".

Los textos acusados son del siguiente tenor:

"Artículo 58. El Jefe de la División de Impuestos Nacionales determinará dentro de qué cuantía y condiciones deben estar sometidas al GRADO DE CONSULTA ante su Despacho las providencias que dicten cada una de las Secciones Regionales de Recursos Tributarios en materia de impuestos sobre la renta, sus complementarios y adicionales, de sucesiones y donaciones e indirectos".

"Artículo 77. El Jefe de la División de Impuestos Nacionales directamente o por intermedio de sus delegados, podrá revisar oficiosamente hasta dos años después de la notificación de la liquidación oficial, las liquidaciones del impuesto sobre la renta, sus complementarios y adicionales, que hayan sido practicadas por las Oficinas Regionales de Liquidación".

"La notificación de las providencias dictadas en uso de la facultad de revisión, se hará personalmente dentro de los 60 días siguientes a su fecha, o por edicto después de este término cuando no se haya logrado efectuar la notificación personal".

"Artículo 98. El Jefe de la División de Impuestos Nacionales directamente o por intermedio de sus delegados, podrá revisar oficiosamente hasta dos años después de la notificación, las liquidaciones del impuesto de sucesiones y donaciones que hayan sido practicadas por las oficinas autorizadas para ello".

El demandante sustenta su acusación de la siguiente manera:

"Un detenido estudio de los 28 artículos que integran las disposiciones de la mencionada Ley 19 de 1958, lleva a la conclusión incontrovertible de que ella persigue la 'reorganización de la Administración Pública; la estabilidad y pre-

paración técnica de los funcionarios y empleados; y el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales; etc. etc... (véase artículo 1º de la Ley 19-1958)".

"Las precisas facultades extraordinarias de que fue investido el Presidente de la República por el artículo 26 de la Ley 19 de 1958, están taxativamente enumeradas y contenidas en la misma, razón por la cual el Decreto 1715 de 1960 viola expresamente el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, pues el artículo 58 y siguientes del mismo Decreto 1715 mencionan el GRADO DE CONSULTA, además de otras materias no enunciadas en el texto de la Ley 19, como acontece con el contenido de los artículos 77 y 98 del citado Decreto que autoriza al Jefe de la División de Impuestos Nacionales para *revisar oficiosamente hasta dos años después de la notificación de la liquidación oficial, las liquidaciones del impuesto sobre la renta, sus complementarios y adicionales y de sucesión, que hayan sido practicados por las Oficinas Regionales de Liquidación.* (Subrayo)".

"Conviene observar que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, llamada hoy División de Impuestos Nacionales, por mandato expreso del artículo 11 del Decreto-ley 270 de 1953, ha ejercitado siempre la facultad de REVISION de la declaración de renta y patrimonio de los contribuyentes, pero dentro del término que prescribe el 20 de diciembre del año siguiente al de su presentación. (Véase el citado artículo 11 del Decreto 270 de 1953)".

"Una confrontación textual del artículo 11 del Decreto 270 de 1953 con el artículo 77 del Decreto 1715 de 1960, permite deducir que el plazo para *revisar* la declaración de renta y liquidación del impuesto fue prolongado muchísimo más allá del veinte de diciembre del año siguiente al de la presentación de la declaración, porque el plazo de dos años de que habla el artículo 77 del Decreto 1715 de 1960 empieza a contarse no *desde la presentación de la declaración de renta, sino desde la fecha de la notificación del impuesto,* fecha que es diferente a la fijada por el artículo 15 de la Ley 81 de 1931 y el 11 del Decreto 270 de 1953".

Y precisamente es el artículo 77 del Decreto 1715 de 1960 el que más nos demuestra su INEXEQUIBILIDAD, pues la Ley 19 de 1958 no autoriza al Presidente de la República para modificar y prolongar los plazos para REVISAR la declaración de renta y el impuesto liquidado a los contribuyentes, ni para reglamentar esta materia que se relaciona esencialmente con las normas de Procedimiento Tributario, normas que sólo puede modificar el legislador. De todo lo anterior se concluye que el Decreto 1715 de 1960 se excedió de las precisas FACULTADES EXTRAORDINARIAS de que fue investido el Presidente de la República, por medio de la Ley 19 de 1958, ya que el Legislador lo facultó para REORGANIZAR LA ADMINISTRACION y no para variar y prolongar el plazo de REVISION de las declaraciones y liquidaciones del impuesto sobre la renta y sucesiones, modalidad ésta que comprueba la inconstitucionalidad del Decreto 1715 y su ilegalidad".

"En el orden práctico el artículo 77 del Decreto 1715 de 1960 instituye un plazo diferencial para revisarle a cada contribuyente su liquidación del impuesto, por cuanto la liquidación la efectúan los funcionarios tomando por referencia el orden alfabético del apellido del contribuyente, y no desde una fecha precisa, quedando al arbitrio de los liquidadores hacer tal liquidación oportuna o extemporáneamente".

En su vista de fondo el señor Procurador General de la Nación conceptúa que no debe accederse a las peticiones del libelo. Afirma que "entre las disposiciones de la Ley 19 de 1958, que señalan las materias sobre las cuales podían ejercerse las facultades extraordinarias que confirió al Presidente de la República se encuentran las relativas al "ordenamiento racional de los servicios públicos", que forman su capítulo III, la primera de las cuales, correspondiente al artículo 18, dice de esta manera:

"El Gobierno, con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada, y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento, reorganizará los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficales dotados de personería jurídica independiente, y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades, conforme al inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Nacional...".

"Así, pues, —continúa— para dar cumplimiento a los fines expresados en tal artículo las facultades extraordinarias del Gobierno, en esos asuntos concretos, comprendían estas materias:

a) "La relativa a la dirección de las mencionadas dependencias estatales;

b) "La referente al eficaz y económico funcionamiento de ellas; y

c) "La tocante a la distribución de los nego-

cios, conforme a lo instituído por el artículo 132 de la Carta".

"¿Qué debe entenderse por *eficaz* y económico *funcionamiento* de Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales y semioficiales? Sin duda, y ateniéndonos al significado de cada uno de esos vocablos, el *activo ejercicio de las atribuciones de tales organismos* con el menor costo posible".

"Desde antes de la expedición del Decreto-ley 1715 de 1960, el hoy Jefe de la División de Impuestos Nacionales ha tenido la atribución de revisar las liquidaciones de los impuestos sobre la renta y sus complementarios y de los de sucesiones y donaciones, así como de conocer, a virtud de apelación o consulta, de los actos administrativos emanados sobre esas materias de las antiguamente denominadas Administraciones de Hacienda Nacional y ahora Oficinas Regionales de Liquidación, para confirmarlos, modificarlos o revocarlos".

"Si tales han sido y son hoy las atribuciones del Jefe de la División de Impuestos Nacionales, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias a que se hizo referencia atrás, tenía competencia para pronunciarse, a través de normas legales, sobre ellas, pues, como se dejó dicho, *el funcionamiento de un organismo estatal está en relación directa con sus atribuciones*. En los dominios del Derecho, el ejercicio de una *función* supone la *competencia*. Es, pues, ostensible entonces que las materias tratadas por los artículos 58, 77 y 98 del Decreto-ley 1715 de 1960, objetos de acusación, en cuanto regulan el ejercicio (funcionamiento) de una atribución (competencia) del Jefe de la División de Impuestos Nacionales, no pueden ser extrañas a las facultades extraordinarias de que la Ley 19 de 1958 revistió al Presidente de la República para expedir normas con fuerza legal sobre las materias tratadas por dicha Ley 19, entre las cuales, se repite, se encuentra la referente al 'eficaz funcionamiento' de los Ministerios".

"El hecho de que este estatuto no mencione expresamente lo que se contiene en las disposiciones acusadas, no es argumento válido para inferir la inconstitucionalidad de ellas, con fundamento en la extralimitación de las atribuciones del Ejecutivo, porque lo que no resulta expresamente tratado por una ley puede obedecer, como en el caso que nos ocupa, a que sea evidente su deducción a través de un simple análisis del contenido de los conceptos".

Consideraciones de la Corte.

El Decreto 1715 de 1960, del que hacen parte los artículos 58, 77 y 98 objeto de la presente acusación, fue dictado con invocación de las facultades extraordinarias que confirió al Presidente de la República la Ley 19 de 1958. Esta Ley en su artículo 26 estableció:

"Con el preciso y exclusivo objeto de que pueda dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley, en cuanto a ello exceda el ejercicio de la potestad reglamentaria, invístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, hasta el día 20 de julio de 1960. Los decretos que se dicten en uso de estas facultades, serán sometidos previamente a la aprobación del Consejo de Ministros".

Y en su artículo 18 había dispuesto:

"El Gobierno, con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada, y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento, reorganizará los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente, y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades conforme al inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Nacional".

Es indudable, pues, que el Gobierno recibió autorizaciones extraordinarias con relación a los Ministerios y otros organismos administrativos, pero no fueron ellas generales o indeterminadas, sino circunscritas a la precisa materia de su reorganización, con las miras especificadas en el artículo 18 de la Ley 19 de 1958, que, por lo demás, apenas menciona las finalidades racionales de cualquier reorganización administrativa.

Ahora bien: reorganizar, o lo que es lo mismo volver a organizar, implica, en la acepción corriente del vocablo y en la que trae el diccionario de la Academia (organizar: "establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla"), la idea de una actividad que se desarrolla en el interior de la cosa objeto de la reorganización. De manera que si bien el Gobierno podía modificar hasta el máximo la estructura interna de los Ministerios, y concretamente, la de las dependencias del Ministerio de Hacienda que tienen a su cargo todo lo relacionado con el recaudo de los impuestos, no podía en manera alguna tomar medidas que, so pretexto de una tal reestructuración, tuvieran incidencia directa

sobre los derechos de los contribuyentes como tales.

Así las cosas, resulta por lo demás evidente que no son medidas reorgánicas las tomadas por el Ejecutivo en los artículos 58, 77 y 98 del Decreto 1715 de 1960, ya transcritos. El primero de los mencionados preceptos faculta al Jefe de la División de Impuestos Nacionales para determinar "dentro de qué cuantía y condiciones deben estar sometidas al grado de consulta ante su despacho las providencias que dicten cada una de las secciones regionales de recursos tributarios en materia de impuestos sobre la renta, sus complementarios y adicionales, de sucesiones y donaciones e indirectos"; esto es, estatuye directamente respecto a los contribuyentes, cuyos reclamos podrían verse sometidos a las dilaciones inherentes al grado de consulta que el Jefe de la División de Impuestos Nacionales tuviera a bien establecer con relación a las providencias de sus subalternos. Contiene, pues, una medida de carácter procedimental y nada provee respecto a la estructuración interna de la aludida División de Impuestos.

En cuanto a los artículos 77 y 98, que autorizan al Jefe de la División de Impuestos Nacionales para que directamente o por intermedio de sus delegados pueda revisar de manera oficiosa las liquidaciones de los impuestos sobre la renta y complementarios y adicionales y de sucesiones y donaciones hasta dos años después de sus notificaciones, es igualmente evidente que no contienen medidas reorgánicas, que por definición deben limitarse en sus efectos a la esfera interna del Ministerio. Estos artículos afectan directamente los intereses de los contribuyentes en su derecho a tener certeza en algún momento determinado sobre el monto de las sumas que les corresponde pagar según liquidaciones de los competentes funcionarios estatales.

Si, pues, los artículos 58, 77 y 98 del decreto acusado nada establecen respecto a la reorganización del Ministerio de Hacienda, es obvio que en ellos el Ejecutivo extralimitó las facultades que recibió del Congreso en los artículos 18 y 26 de la Ley 19 de 1958, y que, por ende, indebidamente ejercitó funciones legislativas, razón por la cual quebrantó el artículo 76 de la Constitución, que adscribe en principio al Congreso el ejercicio de tales funciones.

Las facultades que recibió el Gobierno no fueron para que estatuyera sobre cualquiera materia objeto de las actividades de los Ministerios, Departamentos Administrativos e Institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica, como parece entender el señor Procurador, sino exclusivamente para reorganizar esos organismos oficiales, lo que las circunscribe apreciablemente, y con ello el legislador apenas obedeció a la exigencia sobre precisión de las facultades que contiene el mencionado ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. Por consiguiente no hay para qué averiguar si en los artículos acusados el Gobierno tomó medidas sobre materias de la competencia de los Ministerios, para determinar su conformidad o inconformidad con la Constitución, sino que basta para concluír en el segundo sentido, comprobar que no contienen medidas reorgánicas para la sola adopción de las cuales había sido autorizado.

No está de más anotar que en la reseña que del Decreto 1715 se hace en el número 24 (agosto de 1960) del "Boletín de Impuestos Nacionales", publicación del Ministerio de Hacienda, los redactores de aquél aceptan expresamente la tesis sostenida en este fallo al comentar con relación al capítulo sexto, sobre "Recursos Tributarios por Vía Administrativa", lo siguiente:

"Aun cuando la reglamentación de los recursos admitidos por la Ley contra las liquidaciones de impuestos, no cabría estrictamente dentro de un decreto reorgánico de la estructura administrativa, se consideró muy importante dictar esas normas, como un complemento indispensable de los cambios operados en la organización".

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, obrando en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Son inexequibles los artículos 58, 77 y 98 del Decreto-ley 1715 de 1960.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el negocio.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría C., Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS.

No hay lugar a imponer ninguna sanción al Magistrado del Tribunal contra quien se formuló la queja.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

El señor Procurador General de la Nación envió a la Presidencia de esta Corporación "por razones de competencia, toda vez que se formula queja contra el doctor Hernán Berdugo Berdugo, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla", un telegrama que le había dirigido el señor Gobernador del Departamento del Atlántico y en el que se imputa un proceder indigno de su alta investidura al referido doctor Berdugo. Repartida dicha queja, el Magistrado ponente consideró que, como no se había acompañado prueba alguna y no se trataba de uno de los casos contemplados por el artículo 4º del Decreto 3665 de 1950 toda vez que el señor Procurador se había limitado a enviar a la Corte el referido telegrama, no debía darse curso a la investigación hasta tanto no se presentara alguna prueba respecto a los hechos atribuídos al expresado Magistrado del Tribunal de Barranquilla. Notificado de tal determinación el señor Gobernador remitió el oficio número 1409 de agosto 9 que a la letra dice:

"Comedidamente me permito transcribir a continuación para su conocimiento y fines que estime convenientes, los informes suscritos por el agente Oscariz Bayuelo Ruiz, placa número 13-158 y el sargento 2º Remberto Ferreira Espinoza, Comandante Segundo Distrito, contra el doctor Hernán Berdugo, Magistrado del Tribunal Superior de esta ciudad, por ultrajes proferidos contra el Mandatario Seccional y la Policía:

"República de Colombia - Departamento de Policía 'Atlántico'. - Segundo Distrito - Estación Sabanalarga. Sabanalarga, agosto 8 de 1961. Asunto: Informe contra un ciudadano. Al señor Sargento 2º Comandante Segundo Distrito Gn. Por medio del presente me permito informar a esa superioridad, que encontrándome de servicio en el parque Vivero de esta ciudad como Comandante de la Patrulla en compañía del agente Luis Castro Guerrero, placa número 13-290, siendo las 17:30 horas del día domingo seis (6) de los corrientes, parque en el cual se efectuaba una reunión bailable (verbena) de los socios del Club de Leones, de pronto y sin que mediara motivo alguno me llamó la atención el doctor Hernán Berdugo Berdugo, quien en la actualidad ocupa el cargo de Presidente o Magistrado del Tribunal Superior de Sabanalarga, diciéndome y vociferando que dónde estaba la Policía que no se veía. Yo le respondí: ¿Doctor no me está viendo a mí y a mi compañero delante de su presencia? Hemos pasado todo el día controlando y vigilando en este lugar. Entonces me respondió: 'Esa cachucha no vale v... aquí; aquí mando soy yo y mando más que el Gobernador; ya ahorita va a acabar esa m... del Frente Nacional y mandaremos nosotros los liberales para acabar con esos gobernadores cachuchudos' ".

En vista de eso, lo cual me extrañó sobremanera, le respondí que yo en conversaciones de política era neutral. En ese momento empezó a lloviznar y salió corriendo y se embarcó en su carro, acelerando el vehículo y perdiéndose de vista. Dejo constancia de que el citado doctor Berdugo lanzó estas expresiones estando en completo estado de embriaguez y haciendo alarde del cargo que desempeña. Asimismo debo informar que no es esta la primera vez que el

doctor Berdugo habla en esos términos refiriéndose a la Policía, pues en una forma por demás gratuita se ha dado a la persecución de los miembros de esta institución con improperios denigrantes. Atentamente, (firmado), agente Oscariz Bayuelo Ruiz, placa número 13-158".

"República de Colombia. Departamento de Policía 'Atlántico'. Segundo Distrito. Comando. Sabanalarga, agosto 9 de 1961. Número 135-DPA- SD-C 106. Asunto: tramitando informe contra un ciudadano. Al: señor Mayor Comandante Departamento Policía Atlántico. Barranquilla. Elévese al Comando del Departamento, el informe suscrito por el agente Oscariz Bayuelo, placa número 13-158, actualmente de servicio en este Distrito, contra el doctor Hernán Berdugo, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, por falta de respeto a la Policía, consistente en ultrajes por demás asquerosos, los que dan pena de que aparezcan en el informe a que se hace referencia, ya que no se escuchan ni en los sitios más mundanos de personas que podríamos llamar de las más bajas capas sociales. Si este honorabilísimo funcionario, quien ocupa una alta posición oficial ante todo en el ramo judicial, denigra contra la Policía, haciendo alarde de su cargo, critica y ultraja de palabras al Jefe de la Administración del Departamento, tal vez por encontrarse bajo los efectos alcohólicos, demostrando en realidad lo que es él personalmente, el alto conocimiento que tiene de la cívica y de nuestra Constitución Nacional, es de reconocerse que en este Municipio, él es uno de los jefes políticos de ideología liberal; según entendido por disposiciones del Ministerio de Justicia, les está totalmente prohibido a los funcionarios públicos, intervenir en política. Si este distinguido profesional que desempeña el cargo como lo dije anteriormente, de Presidente del Tribunal Superior, le falta el respeto a la Policía, ultrajándola de palabras, encontrándose éstos en completo ejercicio de sus funciones y por tener conocimiento el agente informante, la posición de este profesional aceptó sus injurias y le dejó que saliera, conduciendo su vehículo bajo el estado del alcohol, siendo una amenaza social, ya que pudo haber arrollado a cualquier ciudadano, es de apreciarse que estaba violando disposiciones vigentes del Ministerio de Fomento de acuerdo al artículo 7º de la Resolución 385 de 1955; si le hubieran impedido conducir su vehículo, seguramente hubiera presentado ante la Gobernación del Departamento, su querella contra los guardianes del orden público, haciendo mención de su alta posición, y el respeto que se merece por esa investidura oficial, si acaso ya no lo ha hecho, al recordar su grave falta cometida. (Firmado), Sargento 2º Remberto Ferreira Espinoza, Comandante Segundo Distrito. Atentamente, Mayor José Joaquín Chacón Hernández, Comandante Departamento Policía Atlántico".

Corrido el traslado de que trata el artículo 5º del Decreto 3665 de 1950, el doctor Berdugo lo contestó dentro de la oportunidad legal, en extenso escrito en el que niega rotundamente haber tenido la conducta que le atribuye el agente de la Policía Bayuelo Ruiz, al que acompañó numerosas pruebas.

Para resolver se considera:

Los señores Régulo Osorio Ucrós, Alejandro Echeverría, Gabriel Avila Gómez, Augusto Redondo P., José Chams, Tulio Gómez Arévalo, Cristóbal Echeverría Molina, Dagoberto Castillo P., Alfredo Mercado O., quienes depusieron ante el Juez Unico Penal del Circuito de Sabanalarga, el cual dejó constancia de la reconocida honorabilidad de todos, estuvieron en la fiesta a que alude el informe del señor Gobernador del Atlántico, alguno de ellos como organizadores, departiendo con el doctor Berdugo durante todo el tiempo que éste permaneció en la fiesta, y están de acuerdo en afirmar que dicho doctor se comportó en forma correcta ingiriendo tan solo algunas copas, sin que en ningún momento se hubiera embriagado o hubiera adquirido un estado de ánimo tal que explicara el irregular comportamiento que le atribuye el agente Bayuelo Ruiz. Además, y esto es de la mayor importancia, son acordes en afirmar que, dada la poca extensión del recinto en que se realizaba la fiesta, habría sido del todo imposible que no se hubieran percatado de un incidente como el que se le atribuye al doctor Berdugo, en el que éste habría actuado como un borracho vociferante.

Otros declarantes dan cuenta de una cierta animosidad del sargento Remberto Ferreira Espinoza, (quien dio cuenta al señor Gobernador del informe de Bayuedo Ruiz), surgida allá por el año de 1952, al calor de las incidencias de la política, en la que el doctor Berdugo intervenía en ese entonces como jefe de uno de los partidos tradicionales de la República.

Por último, existen declaraciones de quienes hacen referencias a una carta que en el mes de agosto próximo pasado remitió el doctor Berdugo al sargento Ferreira, jefe de la guarnición de Policía de Sabanalarga, y en la que se

quejaba del deficiente servicio de vigilancia en dicha localidad.

No está por demás anotar que las directivas de los Clubes de Leones de Sabanalarga y Santo Tomás, organizadores de la fiesta a que se ha venido aludiendo, aprobaron resoluciones de protesta contra el informe que respecto al doctor Berdugo dio el agente Bayuelo, resoluciones que aquél acompañó a sus descargos. Igualmente conviene destacar que en el relato de los hechos que Bayuelo hizo ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Sabanalarga, a solicitud del doctor Berdugo, suprimió las expresiones indecentes que el informe pone en boca de éste.

De todo lo anterior resulta que no aparece comprobado que el doctor Berdugo B., hubiera tenido el proceder incorrecto a que alude el señor Gobernador del Departamento del Atlántico y que dio lugar a la presente investigación disciplinaria.

En mérito de todo lo expuesto es forzoso declarar, como en efecto se declara, que no hay lugar a imponer sanción disciplinaria alguna al doctor Hernán Berdugo Berdugo, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Cópiese, notifíquese, archívese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Roberto de Zubiría C., Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Angel Martín Vásquez, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Los extractos de las doctrinas sentadas por esta Sala, a cargo del señor Carlos Manuel Gutiérrez E., Relator Judicial Auxiliar.

REIVINDICACION

El titular de cuota carece de legitimación en causa para reivindicar en nombre propio todo el objeto. Cuándo prevalece la posesión.

1. Es permitido reivindicar una cuota determinada de cosa singular (949 C. C.). Pero como entonces la titularidad del actor no es exclusiva sino concurrente sobre cuerpo cierto, aparece con claridad que no hay legitimación en causa para reivindicar en nombre propio todo el objeto sino apenas la respectiva cuota, ya sea dirigida la acción contra el comunero o comuneros restantes, o contra poseedores extraños a la indivisión.

El copropietario que persigue todo el objeto no puede pedir para sí mismo sino para la comunidad, que se beneficia en lo favorable; pero el fallo adverso no perjudica sino a quien como demandante se hizo parte en el litigio.

Cuando el titular de cuota posee en su totalidad la cosa común, salvo prescripción consumada, responde en juicio por las acciones surgidas de la indivisión, y naturalmente también por la reivindicación de cuota de los otros copropietarios, que figuraría como acto preparatorio para la liquidación de la comunidad. Mas no se predica contra el comunero la reivindicación del todo que posee, si el otro o los otros condónimos que la proponen, apenas pueden legitimar su pretensión por cuota indivisa del objeto.

Puede estar probada la posesión del demandado sobre la misma cosa singular que se reivindica, y puede además existir en general titularidad del actor. Pero si conforme a derecho lo reivindicable es una cuota y se pide todo el cuerpo cierto a que está referida, el actor cambia por sí y ante sí el objeto propio de su pretensión y no está llamado a triunfar en el litigio. El juez se encuentra incapacitado para sustituír el objeto de la acción, que por referirse al todo no es viable en la forma propuesta.

2. Si del necesario examen de títulos para establecer prevalencia, aparece que ambos comuneros —actor y demandado— pretenden el todo cuando por la misma causa apenas tienen derecho a una cuota, se hallan las partes ciertamente en iguales condiciones. Pero entonces la preferencia es para el poseedor: in pari causa possessoris melior conditio habeatur. Possessor potior est.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Aparece de autos que en el doble juicio sucesorio de Joaquín Garrido y María Trujillo de Garrido, protocolizado en la Notaría Segunda de Neiva por escritura 410 de 12 de julio de 1946, sobre avalúo de $ 250 que recibió un inmueble situado en aquella ciudad, entre las calles 1ª y 1ªA y las carreras 9ª y 9ªA, y por los linderos que allí se determinan, fueron adjudicadas estas cuotas:

A Abel Garrido .....$	71.40
" Arturo Garrido	53.35
" Octavio Garrido	8.93 y
" Ana Eva Garrido	8.92

Según escrituras, todas de la Notaría Segunda de Neiva, 306, 464 y 576, de 3 de mayo, 10 de julio y 20 de agosto de 1947, los adjudicatarios Abel, Octavio y Arturo Garrido vendieron sus derechos a Manuel Alvarez Campos, quien por la 616 de 12 de julio de 1951 cedió a título de venta y como cuerpo cierto a Dionisio Castro el inmueble en cuestión, y luego éste a Gregoria Herrera Cuéllar por la 475 de 27 de mayo de 1953.

Gregoria Herrera Cuéllar vendió también como cuerpo cierto el inmueble a Helena Berbeo Oviedo por escritura 241 de 2 de marzo de 1954 otorgada en la propia Notaría Segunda del Circuito de Neiva.

Y como Helena Berbeo Oviedo falleciera el 24 de diciembre de 1956, su hermano Agustín Berbeo Oviedo, con el carácter de heredero demandó en reivindicación del inmueble como cuerpo cierto a Ernestina Bautista y a Alfredo Garrido; y al corregir su libelo incluyó como demandada a Ana Eva Garrido, quien reconoció ser la actual poseedora del inmueble.

Sobrevino el pronunciamiento absolutorio de fecha 16 de febrero de 1960, con que el Juez 2º Civil del Circuito de Neiva cerró el primer grado procesal. No conforme el actor, abrió por apelación la segunda instancia del juicio, fenecida por sentencia confirmatoria del 19 de agosto de 1960, dictada por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, la que oportunamente fue recurrida en casación.

LA SENTENCIA ACUSADA

Como preliminar señala el sentenciador que Ana Eva Garrido confesó su calidad de poseedora, y que si Alfredo Garrido y Ernestina Bautista tuvieron ese carácter, el hecho ya no existe porque por medio de escritura 602 de 19 de junio de 1957, Notaría Segunda de Neiva, Ana Eva adquirió de Ernestina las mejoras que había hecho en el inmueble.

Analiza las pruebas aducidas y encuentra que la acción no puede prosperar, por cuanto a la titularidad de cuota sobre el inmueble acreditada por el actor, opone la demandada Ana Eva Garrido, además de la posesión, titularidad también de cuota; y cuotas todas ellas con el mismo origen en el doble juicio sucesorio de Joaquín Garrido y María Trujillo de Garrido. De donde, en resumen, deduce el Tribunal que quien sólo tiene derecho a una cuota, si bien podría reivindicarla, no está sin embargo habilitado para demandar todo el objeto como cuerpo cierto, por lo que se predica la absolución.

LA CENSURA EN CASACION

No obstante la precipitud con que parecería haberse escrito el libelo de casación, pueden ser desentrañados por la causal 1ª dos aspectos implicatorios de haber sido infringidos por el sentenciador los artículos 951, 957, 946, 950, 762, 952 y 957 del Código Civil "por no haberlos tenido en cuenta en el caso del pleito", los artículos 214, 215, 227 y 228 del Código Judicial "por haberlos pasado por alto al dictar el pronunciamiento acusado", y los artículos 740, 741; 768, 2673 y 2674 del Código Civil.

Afirma que el sentenciador desconoció la acción útil reivindicatoria del artículo 951, "ya que no entendió que la parte actora como poseedor regular del inmueble podía demandar a los poseedores irregulares Alfredo Garrido y Ernestina Bautista, porque habiendo recibido el inmueble en arrendamiento, dichos demandados resolvieron desposeer a su titular propietario mediante el procedimiento de declararse arrendatarios de un tercero Ana Eva Garrido, quien no era poseedor y adquiría por ese medio la posesión".

Se detiene a considerar que como el dicho artículo 951 del Código Civil concede la acción reivindicatoria, aunque no pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por

prescripción, y que como además según el artículo 957 procede la acción de dominio contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, el Tribunal de Neiva desatendió esos mandatos al entender que Ernestina Bautista y Alfredo Garrido quedaban por fuera de la acción en cuanto traspasaron la posesión a la demandada Ana Eva Garrido.

Por otro aspecto niega el recurrente que la hijuela de Ana Eva Garrido en la sucesión de sus padres Joaquín Garrido y María Trujillo de Garrido sea título de dominio, y menos si se refiere a una simple cuota, si por otra parte no se prueba que los causantes eran verdaderos propietarios, puesto que según los artículos 779 y 1401 del Código Civil la partición apenas tiene carácter declarativo. Asevera que el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 752 y 762 del Código Civil "cuando desestimó la acción reivindicatoria, porque todos los antecesores en el dominio de la parte demandante no habían sido titulares en el dominio, a causa de que uno de ellos, apenas había adquirido derechos hereditarios, al igual que la misma demandada Ana Eva Garrido, como si no fuera suficiente presentar un título de propiedad anterior a la posesión del demandado, y que el demandado no presentara título alguno, y en desarrollo del principio de que se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica".

Más adelante añade:

"Y si solamente se exige título de dominio anterior a la posesión del demandado, es obvio que el demandante lo tiene, ya que presenta como tal, una venta, o sea un acto jurídico destinado a transferir el dominio, y el cual es el mismo justo título que sirve para la prescripción corta, definida en el artículo 2528 del Código Civil en relación con el artículo 764 de la misma obra, sin tener en cuenta el derecho de la persona de quien emana".

Dentro de la enunciación de un segundo cargo, insiste en los mismos argumentos, y dice:

"El honorable Tribunal para llegar al desconocimiento del derecho de la parte actora le negó valor al título presentado por la parte demandante, o sea la escritura número 241 de 2 de marzo de 1954, o sea no vio allí un título de dominio, con trasgresión de los artículos 630, 632, 635 del Código Judicial y 1759 del Código Civil, que le asigna el valor de plena prueba. Tampoco vio los títulos antecedentes en el dominio de la titular propietaria demandante, junto con los certificados del Registrador, en cuanto prueban que los tradentes, por lo menos hasta el año de 1947, eran poseedores regulares, ya que habían adquirido cuerpo cierto y determinado, y de buena fe lo habían trasferido a quien ahora reclama el dominio". De donde desprende violación por vía de consecuencia de los artículos 946, 950, 951, 952 y 957 del Código Civil.

Vuelve una vez más sobre sus puntos de vista, y remata la acusación así:

"La presencia de un *justo título,* cuya característica consiste en no tomar en cuenta el derecho del autor que lo concedió, es suficiente, cuando ese título es anterior a la posesión misma del demandado, y cuando tampoco tiene título de dominio que enfrentar. El honorable Tribunal pues no les dio a esos títulos, a esas pruebas en relación con la propiedad, el mérito o valor que tienen de acuerdo con las disposiciones mencionadas del Código Judicial, y *como consecuencia* violó por incidencia los citados artículos 946, 950, 951, 952, 957, 762, 768, 2673, 2674, 740, 741 del Código Civil en relación con el contenido de los preceptos 779 y 1401 del mismo código, resultando a la vez aplicado indebidamente el artículo 752 del Código Civil que menciona la sentencia cuya invalidación pido".

SE CONSIDERA:

1. Es permitido reivindicar una cuota determinada de cosa singular (949 C. C.). Pero como entonces la titularidad del actor no es exclusiva sino concurrente sobre cuerpo cierto, aparece con claridad que no hay legitimación en causa para reivindicar en nombre propio todo el objeto sino apenas la respectiva cuota, ya sea dirigida la acción contra el comunero o comuneros restantes, o contra poseedores extraños a la indivisión.

El copropietario que persigue todo el objeto no puede pedir para sí mismo sino para la comunidad, que se beneficia en lo favorable, pero el fallo adverso no perjudica sino a quien como demandante se hizo parte en el litigio.

2. Cuando el titular de cuota posee en su totalidad la cosa común, salvo prescripción consumada, responde en juicio por las acciones surgidas de la indivisión, y naturalmente también por la reivindicación de cuota de los otros copropietarios, que figuraría como acto preparatorio para la liquidación de la comunidad. Mas no se predica contra el comunero la reivindicación del todo que posee, si el otro o los otros condóminos que la proponen, apenas pue-

den legitimar su pretensión por cuota indivisa del objeto.

3. Puede estar probada la posesión del demandado sobre la misma cosa singular que se reivindica, y puede además existir en general titularidad del actor. Pero si conforme a derecho lo reivindicable es una cuota y se pide todo el cuerpo cierto a que está referida, el actor cambia por sí y ante sí el objeto propio de su pretensión y no está llamado a triunfar en el litigio. El juez se encuentra incapacitado para sustituír el objeto de la acción, que por referirse al todo no es viable en la forma propuesta.

4. En el caso de autos la demanda inicial, corregida para incluír a Ana Eva Garrido como poseedora demandada, persigue todo el inmueble que allí se determina como cosa singular. El proceso demuestra plenamente por un conjunto de escrituras que así el actor como la demandada son causahabientes que derivan sus derechos de cuota de la sucesión acumulada de Joaquín Garrido y María Trujillo de Garrido.

Hay pues un autor común de esos derechos que no se excluyen, precisamente porque concurren sobre el mismo objeto. De ahí también que la acción de uno solo no pueda prosperar por el todo, ya que ninguno de los comuneros está habilitado en derecho para expulsar a los demás condóminos. La acción en justicia no admite esa vía y se encuentra destinada al fracaso.

5. Ni cabe señalar la existencia institucional de la *acción publiciana* (951 C. C.) para que con solo ello se configure en el recurso extraordinario cargo por la causal 1ª. Sería preciso demostrar que concretamente han concurrido los elementos estructurales de esa determinada acción y, ante todo, que no va dirigida contra el que posee con igual derecho. Y si del necesario examen de títulos para establecer prevalencia, aparece que ambos comuneros —actor y demandada— pretenden el todo cuando por la misma causa apenas tienen derecho a una cuota, se hallan las partes ciertamente en iguales condiciones. Pero entonces la preferencia es para el poseedor: *in pari causa possessoris melior conditio habeatur. Possessor potior est.*

6. No se discute en el pleito si los causantes Joaquín Garrido y María Trujillo de Garrido tenían a su muerte el dominio sobre el inmueble de que se trata. Ambas partes mal podrían controvertirlo, puesto que la titularidad de sus respectivas cuotas arranca de esa fuente común. Queda al margen el título por el cual los causantes hubiesen recibido el dominio sobre el inmueble adjudicado a los partícipes para liquidar la herencia, puesto que se trata precisamente de reivindicación entre algunos de esos mismos partícipes. Nada obsta que los antecesores inmediatos del actor Berbeo Oviedo hubiesen recibido el inmueble como cuerpo cierto, desde luego que conforme se repite ahora, en la búsqueda de prioridad para las titulaciones de las partes se llega a la fuente común de la doble sucesión de Joaquín Garrido y María Trujillo de Garrido.

La titularidad aparente sobre cuerpo cierto podría valer contra terceros, pero no frente a quien como Ana Eva Garrido, a más de la posesión, exhibe título anterior concurrente en su origen con el que puntualiza la verdadera posición del actor en el litigio.

7. En el recurso para nada incide la norma de que "contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese" (757), porque es claro que si por falta de titularidad sobre todo el objeto no puede prosperar la acción en la forma propuesta, ahí se encuentra suficiente motivo para que permanezca en pie la decisión absolutoria del sentenciador.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 19 de agosto de 1960 pronunciada en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

En fallo inhibitorio no tiene cabida ninguno de los supuestos de la incongruencia. Violación indirecta de la ley. Simultáneamente y en relación con un mismo medio de prueba, no se puede alegar error de hecho y de derecho.

1. Si por imperativo de raíz institucional, la órbita del deber y poder de decisión del juez, circunscrita está a los términos impuestos por las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas, el quebrantamiento de este postulado halla su correctivo en casación a través de la causal segunda, que, respetando los fueros de la primera y la séptima, concreta su radio a la incoherencia entre lo decidido y lo litigado.

Tiénese, entonces, que la incongruencia, como motivo específico de casación, consiste, no en la falta de conformidad del fallo con los derechos subjetivos en el proceso ventilados, lo que sería materia propia de la causal primera, sino en la falta de correspondencia entre la resolución del Tribunal y las pretensiones de los contendores, a su debido tiempo traídas al debate.

Por donde, dado el proceso perfectivo de la doctrina jurisprudencial en la materia, cabe concluír que son tres las hipótesis en que el fenómeno de la incongruencia se desenvuelve, a saber:

a) Ser la resolución impertinente, por proveer sobre puntos no comprendidos en la relación jurídico-procesal (extra petita);

b) Ser la resolución excesiva, por proveer a más de lo que el demandante pide (ultra petita); y

c) Ser deficiente, por dejar de proveer, ya positiva, ya negativamente, sobre puntos de la demanda o sobre excepciones interpuestas por el demandado (mínima petita).

Pero como ninguno de estos supuestos tiene cabida en el fallo inhibitorio de fondo, puesto que por él nada se otorga y nada se niega, quiere decir que en un pronunciamiento de tal naturaleza mal puede configurarse el defecto de inconsonancia. Claro es que si la inhibición hubiere sido proferida contra derecho, podría encontrar su sanción en el recurso extraordinario, por los caminos, ya de la causal primera, ya de la séptima, según las ocurrencias.

2. La acusación por violación indirecta de ley sustancial, requiere, según el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, que se demuestre que el sentenciador, en la apreciación de determinada prueba, incurrió, ya en error de derecho, ya en error de hecho manifiesto. Si lo primero, debe el impugnante señalar el precepto de valoración probatoria infringido, haciendo ver que por el Tribunal se le asignó a la prueba un mérito que tal precepto no le otorga o se le negó el que éste le reconoce; si lo segundo, ha de hacer patente el yerro de hecho alegado, que, como lo ha venido enseñando con tanta insistencia la doctrina, sólo cabe o bien cuando existiendo en el proceso una prueba que demuestra evidentemente que un hecho ocurrió, el sentenciador no la ve, es decir la ignora, concluyendo en consecuencia que tal hecho no está demostrado; o bien cuando no existiendo en el proceso una prueba, el sentenciador la presupone, para, con base en ella, dar por probado un hecho.

3. No se compadece, en principio, con la índole del recurso, el alegar simultáneamente la incidencia de error de hecho y de derecho en la estimación de una prueba dada, pues si el juzgador incurre en yerro de hecho, ella cae inmediatamente por necesidad lógica, sin que tenga mérito para ser pesada en la balanza de los valores legales. Solamente cuando ha sido estimada según su presencia material en el jui-

cio, podrá darse el error de derecho, si el sentenciador le dio o le desconoció valor demostrativo, en contradicción con la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 23 de septiembre de 1959, en el juicio ordinario seguido por Jesús María Vargas Silva en pro de la sucesión del presbítero Félix María Polanía contra Marco Antonio Cruz Perdomo.

I

ANTECEDENTES

Los hermanos Efraín y Marco Antonio Cruz Perdomo, este último sordomudo, en interdicción judicial, eran dueños en común de una casa situada en la ciudad de Neiva, marcada con los números 5-51, 5-57 y 5-67 de la calle 9ª.

Por escritura número 22 de 21 de enero de 1943, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Neiva, Efraín vendió sus derechos en el referido inmueble a Jorge Saavedra A., quien demandó a Marco Antonio en solicitud de su división material.

Antes de concluír tal juicio divisorio, murió Jorge Saavedra, en cuya causa mortuoria los derechos de éste sobre tal bien raíz les fueron adjudicados a Alfredo y María Inés Saavedra, quienes los vendieron luego al presbítero Félix María Polanía por escritura número 526 de 17 de agosto de 1950, de la Notaría Primera del mismo circuito.

Fallecido el presbítero Polanía, concluyó el sobredicho juicio divisorio, en el que, de los lotes en que la finca fue partida, se le adjudicó a los herederos de Jorge Saavedra el señalado con el número dos, correspondiente a una cuota de $ 511.77 en relación a la cantidad de $ 1.950.00 representativa del total.

II

EL LITIGIO

Con estos antecedentes y alegando que "Marco Antonio Cruz Perdomo por medio de su curador Efraín Cruz Perdomo ha venido disfrutando y aprovechándose de todos los frutos civiles y naturales del inmueble en referencia, ya cuando era comunidad y ahora cuando se trata de cosa o bienes ciertos, y todo a partir de la muerte de Clemencia Perdomo Alvarez, fallecida el 1º de marzo de 1935" (hecho 14 del libelo), el doctor Jesús María Vargas Silva, invocando la personería de la sucesión del presbítero Félix María Polanía, demandó al interdicto Marco Antonio Cruz Perdomo, representado por su curador Efraín de los mismos apellidos, para que mediante juicio ordinario se le condene a pagar a la sucesión del presbítero Félix María Polanía lo siguiente: 1º "la suma de dieciséis mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos ($ 16.654.00) o la que por peritos se determine, por concepto de frutos naturales y civiles correspondientes a su derecho de quinientos once pesos setenta y siete ($ 511.77) sobre los un mil novecientos cincuenta pesos ($ 1.950.00) en que fue avaluado el inmueble común para los efectos de la partición y convertido en cuerpo cierto como el lote número 2, para Jorge Saavedra (herederos)", cuyos linderos allí se expresan; 2º "los intereses correspondientes a la cantidad que se deba pagar hasta el día en que se verifique el pago"; y 3º "las costas del juicio si se opone a esta acción".

En derecho sustancial invocó los artículos 742, 743, 752, 767, 1377, 1395, 1401, 1872, 1874, 1875, 1968 y 2328 del Código Civil.

El personero del demandado se opuso a las pretensiones de la parte actora, negó el hecho 14º de la demanda atrás inserto, dijo proponer excepciones perentorias que llamó de "petición antes de tiempo o de modo indebido", "carencia de derecho en la acción incoada" y "carencia de personería sustantiva", y las "demás que resulten del caso".

Por separado, interpuso excepciones dilatorias, entre éstas "la de pleito pendiente", en relación con la cual alegó los siguientes hechos: a) Haber "Efraín Cruz Perdomo demandado la nulidad (sic) de la escritura número 22 de 21 de enero de 1943 que le otorgó a su suegro Jorge Saavedra A., en la Notaría Segunda de este circuito, que es de donde precisamente deriva el derecho el presbítero Félix María Po-

lanía o sus representantes, cuyo negocio se halla en revisión de los fallos correspondientes ante la honorable Corte Suprema de Justicia, y que en el supuesto de que salga favorable a los intereses del citado Cruz Perdomo, pierde el presbítero Polanía o sus representantes todo interés que alegan tener en el inmueble que se alude en la demanda"; b) "También puede ocurrir otro tanto, en el caso de que prospere la nulidad testamentaria que han intentado los hermanos del causante Polanía, y en tal evento quedaría igualmente el actor o demás personas que dice representar, sin derecho alguno en las reclamaciones que se pretenden"; "Tales negocios que dejo anotados, se hallan pendientes: el uno en la honorable Corte Suprema de Justicia, y el otro en el Juzgado 1º Civil de este Circuito...".

El Juez del Circuito, en auto de 11 de febrero de 1957, desechó las excepciones dilatorias propuestas, fundando la desestimación de la de pleito pendiente en el texto del artículo 334 del Código Judicial y por cuanto si bien "Según los certificados expedidos por el honorable Tribunal Superior de este Distrito y el Juzgado Primero del Circuito Civil de Neiva, existen los juicios a que se refiere el excepcionante... en ninguno de ellos figura como parte el señor Marco Antonio Cruz Perdomo".

Confirmado en apelación este proveído por el superior, siguió su curso la primera instancia hasta concluír con fallo mediante el cual se condenó al demandado a pagar a la sucesión mencionada, las cantidades de siete mil doscientos noventa y seis pesos ($ 7.296.00) por concepto de frutos correspondientes a la cuota de dominio del causante presbítero Polanía en la finca relacionada y de dos mil ciento sesenta pesos y noventa y dos centavos ($ 2.160.92), como intereses legales de la cantidad antedicha desde el 18 de agosto de 1950 hasta el 18 de enero de 1959, más las costas del juicio.

Por alzada de ambas partes, surtiose el segundo grado a que dio remate la sentencia del Tribunal de 23 de septiembre de 1959, por la cual se "revoca el fallo apelado", se "declara en su lugar probada la excepción de petición antes de tiempo en el presente juicio y se abstiene, en consecuencia, de proveer sobre el fondo de la demanda", imponiéndose las costas de ambas instancias a la parte actora.

Interpuesto únicamente por ésta el recurso de casación, entra la Corte a resolverlo.

III

LA SENTENCIA RECURRIDA

Con salvamento de uno de los magistrados, el Tribunal asentó su decisión sobre consideraciones, de que se destacan las siguientes:

"Cuando se presentó la demanda, que se admitió el 6 de septiembre de 1956 y se notificó al demandado el 18 de los mismos, estaban pendientes de solución definitiva dos juicios, a saber: uno sobre resolución de un contrato y otro sobre nulidad de un testamento.

"El primero se refiere a la resolución de la compraventa contenida en la escritura pública número 22 de 21 de enero de 1943, Notaría Segunda de Neiva, instaurado por el señor Efraín Cruz Perdomo contra los herederos o representantes del señor Jorge Saavedra Arzayús. En dicho juicio fue parte demandada el presbítero doctor Félix María Polanía, para que en su condición de adquirente de los derechos vendidos por Efraín Cruz Perdomo a Jorge Saavedra, sobre la casa de la calle 9ª pudiera aprovecharle o perjudicarle el fallo. Tal juicio fue fallado por el Tribunal, en segunda instancia, el 3 de septiembre de 1955 y recurrido en casación solamente vino a quedar resuelto definitivamente el 22 de agosto de 1959 (fl. 24 C. de pruebas del demandado).

"El segundo, de cuya conclusión no hay datos en este expediente; es el de nulidad del testamento verbal otorgado por el presbítero doctor Félix María Polanía, propuesto por el doctor César Perdomo Cabrera como apoderado de los señores Juan de Dios y Dionisio Polanía Sánchez, contra los señores doctor Jesús María Vargas Silva, Judith Carvallo de Vargas y Juan de D. Vargas Silva, éste como representante legal del menor Luis Alberto Vargas Carvallo (fl. 12 vto. C. número 4). Los nombrados, doctor Jesús María Vargas Silva, Judith Carvallo de Vargas y Luis Alberto Vargas Carvallo, fueron reconocidos como herederos testamentarios en la sucesión del presbítero doctor Polanía, (fl. 24 C. principal) y es para tales herederos para quienes se reclama, en el presente juicio, el valor de los frutos demandados.

"El 18 de septiembre de 1956, fecha en la cual quedó constituído el lazo jurídico de instancia en el presente juicio, con la notificación del libelo al demandado, no se sabía si la sucesión del presbítero doctor Félix María Polanía iba a ser afectada por la sentencia en el ordinario sobre resolución del contrato de com-

praventa contenido en la escritura número 22 de 21 de enero de 1943 citada, ni tampoco si el testamento verbal del presbítero nombrado, iba a quedar en pie, cuestión esta última que aún se ignora...

"Si cuando se demandó el pago de frutos estaba en tela de juicio el derecho de los herederos del Padre Polanía, por la demanda de nulidad del testamento que les dio ese carácter, y por la demanda de resolución del contrato de compraventa de que se ha hecho mérito, es claro que la petición se formuló antes de tiempo: se ignoraba y aún se ignora todavía, si la parte actora en el presente juicio tenía derecho para demandar aquel pago.

"En consecuencia, considera el Tribunal que se halla probada la excepción de petición antes de tiempo y así debe declararlo, no habiendo, por tanto, lugar a entrar en consideraciones relacionadas con la existencia misma de la acción".

IV

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Tres cargos formula el impugnante, respectivamente relacionados con las causales primera, segunda y séptima de casación, a cuyo estudio se procede en el correspondiente orden lógico.

1. *Cargo sobre la causal séptima.* Dice su proposición que el sentenciador "se abstuvo expresamente de conocer en el fondo de la cuestión, siendo competente para hacerlo como lo fue el juzgado de instancia"; y al efecto se argumenta que, no existiendo la excepción que el Tribunal supuso, debió proveer en el fondo y, como declaró expresamente que se abstenía de hacerlo, es el caso de que se infirme su pronunciamiento en razón de la causal invocada.

Se considera:

Según reza el ordinal 7º del artículo 520 del Código Judicial, el motivo de casación aludido consiste en "haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo". Quiere decir que esta causal, que se funda en una razón de orden público por equivaler a denegación de justicia, sólo puede presentarse cuando el sentenciador, declarándolo expresamente en la sentencia, se abstiene de conocer en un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial.

Bien se ve que, en el caso de que se trata, el Tribunal, lejos de negar su competencia, entró a dictar una decisión tocante con el negocio, en cuanto revocó el pronunciamiento de primer grado, para luego, declarando probada una excepción que denominó "de petición antes de tiempo", abstenerse de proveer en el fondo. Así las cosas, es patente que no existe el motivo de casación en este punto alegado.

2. *Cargo sobre la causal segunda.* Se le imputa a la sentencia el "no estar en consonancia con las pretensiones de las partes, oportunamente aducidas", por cuanto, la demandante "solicitó que se condenara al demandado a pagar los frutos correspondientes a una cuota de $ 511.77 de los $ 1.950.00 en que fue avaluado el bien común para efectos de la partición, en cuantía que se fijó provisionalmente en $ 16.654.00" y el demandado, "por su parte, negó la acción y el derecho y pidió la absolución", condiciones éstas en que "el fallo debía ser: o favorable a la parte actora o absolutorio para el demandado... El Tribunal, abusando de la facultad del artículo 334 del Código Judicial revocó la sentencia de primera instancia, declaró la excepción perentoria de petición antes de tiempo y se abstuvo de conocer en el fondo la cuestión. Resulta pues claro que la sentencia del Tribunal no está conforme con las peticiones de las partes". Concluye la censura, diciendo que "en el presente caso no existe hecho alguno que configure la excepción a que alude el Tribunal, y por ello resulta procedente la causal segunda", en cuyo apoyo se remite a alguna anterior providencia de la Corte en casación.

Se considera:

Si por imperativo de raíz institucional, la órbita del deber y poder de decisión del juez, circunscrita está a los términos impuestos por las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas, el quebrantamiento de este postulado halla su correctivo en casación a través de la causal segunda, que, respetando los fueros de la primera y la séptima, concreta su radio a la incoherencia entre lo decidido y lo litigado.

Tiénese, entonces, que la incongruencia, como motivo específico de casación, consiste, no en la falta de conformidad del fallo con los derechos subjetivos en el proceso ventilados, lo que sería materia propia de la causal primera, sino en la falta de correspondencia entre la resolución del Tribunal y las pretensiones de los contendores, a su debido tiempo traídas al debate.

Por donde, dado el proceso perfectivo de la doctrina jurisprudencial en la materia, cabe concluír que son tres las hipótesis en que el fenómeno de la incongruencia se desenvuelve, a saber: a) Ser la resolución *impertinente,* por proveer sobre puntos no comprendidos en la relación jurídico-procesal (*extra petita*); b) Ser la resolución *excesiva,* por proveer a más de lo que el demandante pide (*ultra petita*); y c) Ser *deficiente,* por dejar de proveer, ya positiva, ya negativamente, sobre puntos de la demanda o sobre excepciones interpuestas por el demandado (*mínima petita*).

Pero, como ninguno de estos supuestos tiene cabida en el fallo inhibitorio de fondo, puesto que por él nada se otorga y nada se niega, quiere decir que en un pronunciamiento de tal naturaleza mal puede configurarse el defecto de inconsonancia. Claro es que si la inhibición hubiere sido proferida contra derecho, podría encontrar su sanción en el recurso extraordinario, por los caminos, ya de la causal primera, ya de la séptima, según las ocurrencias.

En el caso del pleito, el sentenciador, suponiendo una excepción no atinente a la sustancia del litigio, se limitó a quitar de en medio la sentencia de primer grado y resolvió que "se abstiene, en consecuencia, de proveer sobre el fondo de la demanda".

Ciertamente, trátase de un proveimiento inhibitorio, en el que por no contenerse decisión alguna de mérito, no hay materia de que pueda tomar forma la incongruencia.

Por lo cual, no procede el cargo.

3. *Cargo sobre la causal primera.* Se contiene sustancialmente en los siguientes pasajes de la censura: "La sentencia del Tribunal de Neiva debe ser casada por violación de la ley sustantiva, a la que se llegó por la apreciación errónea de hechos y de pruebas... Como se ve, el hecho exceptivo lo constituye la existencia de dos pleitos cuando se inició la acción, y cuya comprobación se hizo después de contestada la demanda... Las certificaciones sobre pleitos pendientes, traídas a este juicio las tiene el Tribunal como una excepción perentoria de petición antes de tiempo, cuando a lo sumo habrían servido para configurar una excepción dilatoria. De los dos juicios pendientes, dice el Tribunal que el de resolución del contrato ya fue decidido por sentencia definitiva del 22 de agosto de 1959 y que el de nulidad del testamento se ignora su decisión... El Tribunal creyó, y así lo expresó en su fallo, que es para los herederos testamentarios citados con nombres propios, para los que se demandan los frutos. Pero ello no es así. Es la sucesión la que demanda sin que importe para el caso quién o quiénes puedan ser en definitiva sus herederos. Esta circunstancia hacía que la obligación exigida no fuera condicional, ni a término, sino muy al contrario exigible cuando se presentó la demanda. El error grave del Tribunal consistió en haberle dado a un hecho —la existencia de esos pleitos— un valor, un efecto que no tienen cual sería el de posponer o retardar indefinidamente la exigibilidad del recobro de frutos hasta cuando se hubiesen decidido los juicios de que se habla. Dentro del juicio, el mismo demandado se encargó de probar que el juicio de resolución del contrato de compraventa de la escritura número 22 de 21 de enero de 1943 había sido decidido y que en esa decisión se dejó indemne el título 526 de 18 de agosto de 1950 aducido por la parte actora. Así resulta, que a la hora de fallar, ya se sabía que el presbítero Félix María Polanía no iba a ser afectado con el pleito de la resolución del contrato. La decisión final del juicio de nulidad del testamento verbal del presbítero Polanía en nada puede afectar a la sucesión porque cualquiera que sea el resultado final siempre quedarán unos herederos, y los herederos triunfantes serán los que en definitiva recogen los frutos por ser la sucesión la que demanda para sí y no para heredero alguno en particular... El error en la apreciación de las pruebas condujo al Tribunal a la violación del artículo 1872 del Código Civil que dispone que los frutos de la cosa pertenecen al dueño y el artículo 2328 que dispone que los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas. La violación de las leyes sustantivas fue consecuencia lógica e inmediata de la errada apreciación de un hecho y unas pruebas. Como consecuencia de la errada apreciación de hechos y de pruebas se violaron indirectamente los artículos 714 y siguientes, 1395, 1872, 2094 concordantes del artículo 2328 y las demás disposiciones invocadas en la demanda y en las alegaciones... El fallo recurrido entraña errores de hecho y de derecho. El error de hecho consistió en que el Tribunal creyó que la existencia de unos pleitos pendientes podían configurar la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo. El error de derecho consistió en la falsa apreciación de la certificación de unos pleitos pendientes, con lo que se dejaron de aplicar las disposiciones sustantivas invocadas, a consecuencia del abuso de la facultad del artículo 334 del Código Judicial...".

Se considera:

La formulación del cargo es a todas luces contraria a la técnica del recurso. Porque, la acusación por violación indirecta de ley sustancial, requiere, según el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, que se demuestre que el sentenciador, en la apreciación de determinada prueba, incurrió, ya en error de derecho, ya en error de hecho manifiesto. Si lo primero, debe el impugnante señalar el precepto de valoración probatoria infringido, haciendo ver que por el Tribunal se le asignó a la prueba un mérito que tal precepto no le otorga o se le negó el que éste le reconoce; si lo segundo, ha de hacer patente el yerro de hecho alegado, que, como lo ha venido enseñando con tanta insistencia la doctrina, sólo cabe o bien cuando existiendo en el proceso una prueba que demuestra evidentemente que un hecho ocurrió, el sentenciador no la ve, es decir la ignora, concluyendo en consecuencia que tal hecho no está demostrado; o bien cuando no existiendo en el proceso una prueba, el sentenciador la presupone, para, con base en ella, dar por probado un hecho.

Por lo demás, no se compadece, en principio, con la índole del recurso, el alegar simultáneamente la incidencia de estas dos especies de error en la estimación de una prueba dada, pues si el juzgador incurre en yerro de hecho, ella cae inmediatamente por necesidad lógica, sin que tenga mérito para ser pesada en la balanza de los valores legales. Solamente cuando ha sido estimada según su presencia material en el juicio, podrá darse el error de derecho, si el sentenciador le dio o le desconoció valor demostrativo, en contradicción con la ley.

La lectura del cargo pone de manifiesto, sin esfuerzo alguno, la vaguedad y confusión con que se alegan errores de estimación probatoria, sin demostrarlos. Si las pruebas a que el recurrente aludió como indebidamente apreciadas por el Tribunal fueron la demanda y los instrumentos de origen judicial relativos a la existencia de unos pleitos, no precisó contra ellas propiamente una acusación por errores de hecho, que la Corte no halla en parte alguna, pues que no aparece que el Tribunal hubiera leído tales documentos haciéndoles decir lo que ellos no rezan; y, si el impugnante quiso referirse a fallas de valoración probatoria, no dijo en qué consistían éstas, ni indicó los textos legales determinantes de tal valoración, que el sentenciador hubiera quebrantado, al considerar dichos medios.

Por otra parte, nada tiene que ver con el error de hecho, ni con el de derecho, en el círculo de la prueba, la circunstancia de que de los documentos en que se fundó el sentenciador para dar por demostrada la existencia de unos juicios —en último término y prácticamente el relativo a la nulidad del testamento verbal del presbítero Polanía—, documentos cuyo mérito probatorio no discute el recurrente, haya deducido el sentenciador la conclusión de que el hecho por ellos demostrado, de existir tales juicios, ahora el último, —hecho que tampoco desconoce el acusador—, constituya una excepción que no permite fallar en el fondo la controversia, que es conclusión con la que no está conforme el impugnante. Así que, en el supuesto de que ésta fuese desacertada, el desacierto no obedecería entonces a yerro alguno en la estimación de la prueba en sí misma considerada, sino a un error jurídico, con entidad de violación directa, en cuanto no se hubiera decidido la litis aplicando los preceptos sustanciales que reclamase el caso.

Habiéndose, pues, hecho la acusación por violación indirecta de la ley sustantiva, sobre el supuesto de errores de apreciación probatoria que no se han indicado ni demostrado como lo requiere la ley, mal puede llegarse a encontrar en casación el quebranto de los preceptos sustanciales citados por el recurrente como infringidos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.

Tal nulidad es reclamable en casación por la causal 6ª, no por la 1ª. — Costas. — La condena a éstas por el Tribunal escapa al recurso de casación.

1. La tacha por infracción directa, como se desprende de los términos del artículo 520 del Código Judicial, toca con la ley sustantiva referente a la relación jurídica planteada en el debate, no con la ley atinente a la jurisdicción o competencia de los falladores, cuya violación tiene su enmienda en otras causales de casación.

Si se observa que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal regula la manera de proceder el juez civil, en cuanto le ordena suspender el pronunciamiento hasta que en el negocio penal se profiera sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, cuando estos proveídos puedan tener influencia en la solución del juicio civil, resulta que lo que en definitiva se consagra es una suspensión de jurisdicción, que, según doctrina de la Corte, va desde la citación para sentencia en adelante. Esta suspensión se traduciría en una nulidad por incompetencia de jurisdicción, al tenor del artículo 448, ordinal 1º del Código Judicial reclamable en casación por la causal 6ª del artículo 520 ibídem, no por la 1ª. En efecto, el artículo 147, ibídem, dice que la jurisdicción se suspende: "4º Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes". Aquí sería por mandato del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, como se suspendería al Juez la jurisdicción o facultad de decidir el pleito civil en que se cumplan los supuestos que establece el inciso segundo del mismo precepto. El yerro del fallador no sería en tal situación in judicando sino in procedendo, que tiene su enmienda, en casación por la causal 6ª no por la 1ª.

2. Doctrina constante de la Corte ha sido que la condenación en costas por el fallador de segunda instancia escapa al recurso de casación, por tratarse de una cuestión que no toca directamente con la controversia decidida en el pleito sino que es accesoria a ella y que no tiene carácter sustantivo sino puramente adjetivo (T. XVII, pág. 165, LII pág. 774, LXXVIII pág. 51 y LXXXII pág. 636).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Marceliano Ocampo H. y Ramón Madrid C., en libelo repartido al Juez 4º de Medellín, exponen los siguientes hechos:

1º Por escritura número 447 de 7 de febrero de 1936, pasada en la Notaría Tercera de aquel circuito, compraron a Isabel Villa viuda de Carrasquilla, Miguel, Marta, Tomás, María Amparo, Pablo, Iván y José Carrasquilla V., un lote de terreno, con sus mejoras, situado en el barrio de Berlín de la ciudad de Medellín, manzana cuarenta del plano respectivo, con una cabida de mil doscientas varas cuadradas (1.200 v2) que linda:

"Por el frente que da al Occidente, en veinte (20) varas, con la carrera diez (10); por el Oriente, en veinte (20) varas, con la carrera once (11); por el Sur, en sesenta (60) varas, con propiedad que es o fue de la señora Ana J. Soto de Botero, Matilde González Arango y Manuel J. Alvarez y Cía., S. A.; y por el Norte, con la misma compañía Manuel J. Alvarez y Cía., S. A., en sesenta (60) varas".

2º Ocampo H. y Madrid C., no han vendido ni enajenado en forma alguna el inmueble descrito, pero otras personas que dijeron llamarse como los demandantes, los suplantaron y por medio de la escritura número 461 de 17 de mayo de 1936, otorgada en la Notaría Quinta del Circuito de Medellín, manifestaron vendérselo a Rodrigo Correa Pareja, a quien los demandantes no conocen pero se dice ser mayor y vecino de aquel mismo municipio.

3º Los suplantadores engañaron al Notario haciendo poner en la escritura los números de las cédulas que corresponden a las de los actores.

4º Estos no concurrieron a la Notaría a suscribir el instrumento de venta, de lo cual solo tuvieron conocimiento cuando proyectaban una negociación del referido inmueble.

5º Rodrigo Correa Pareja, "quien aparece como comprador del solar mencionado, gravó con hipoteca ese inmueble para garantizar a la señora doña Candelaria Quiceno de Moreno, un mutuo a interés, por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda legal, lo cual se hizo por medio de la escritura número dos mil cuatrocientos veintidós (2422), de fecha veinte (20) de junio de este mismo año de mil novecientos cincuenta y seis (1956), otorgada en la Notaría Sexta de este circuito.

6º El actual poseedor del lote es Rodrigo Correa Pareja, o sea, la misma persona que intervino como comprador en la escritura número 461, citada en el hecho segundo, en la cual se hizo la suplantación referida, y la misma que hipotecó el inmueble a favor de Quiceno de Moreno.

7º Si la venta de cosa ajena vale, según el artículo 1871 del Código Civil, es sin perjuicio de los derechos del dueño, mientras no se hayan extinguido por la prescripción a favor de las personas que figuran en los hechos relatados.

En razón de lo expuesto Marceliano Ocampo H. y Rubén Madrid C., demandan a Rodrigo Correa Pareja y Candelaria Quiceno de Moreno para que en juicio ordinario se declare:

a) Que los demandantes son propietarios del bien alindado en el hecho primero del escrito de demanda.

b) Que Rodrigo Correa Pareja, está obligado a restituírles el mismo bien dentro del término de seis días, contados desde la ejecutoria de la sentencia, o dentro del término que en ella se señale.

c) Que también está obligado a restituírles los frutos naturales y civiles de dicho inmueble, no solamente los percibidos, sino los que hubieran podido percibir teniéndolo en su poder.

d) Que asimismo está obligado a pagarles los deterioros y perjuicios que por hecho o culpa suya haya recibido el inmueble, considerándolo como poseedor de mala fe.

e) Que se ordene la cancelación de la escritura número 461 expedida en la Notaría Quinta del Circuito de Medellín el 17 de mayo de 1936, registrada el 16 de junio del mismo año en el libro 1º, impares, tomo 5º, folio 338 bajo el número 3610.

f) Que es nulo el contrato recogido en la escritura número dos mil cuatrocientos veintidós (2422) de veinte (20) de julio siguiente registrado en el tomo 7º, del libro de anotación de hipotecas, al folio 131 bajo el número 4961, contrato por el cual Rodrigo Correa Pareja constituyó hipoteca de primer grado a favor de Candelaria Quiceno de Moreno sobre el mismo lote de terreno a que se refiere el hecho primero de la demanda.

g) Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la escritura 2422 a que se alude en la petición anterior.

h) Que se condene a los demandados en las costas del juicio.

Notificados los dos demandados, solamente contestó Correa Pareja oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas. Aceptó los hechos quinto y sexto, se atiene a la prueba respecto del primero, y niega los demás, porque los vendedores Ocampo y Madrid se identificaron ante el Notario.

Terminó la primera instancia con sentencia de veintiséis de octubre de mil novecientos cincuenta y siete, por la cual el juzgado declara que los demandantes Ocampo H. y Madrid C. son dueños del lote de terreno *sub lite:* condena al demandado Correa Pareja a entregarlo con sus frutos naturales y civiles, considerándolo como poseedor de mala fe. Declara que es nulo el contrato celebrado entre Candelaria Quiceno de Moreno y Rodrigo Correa, por el cual éste constituyó garantía hipotecaria de primer grado a favor de Quiceno de Moreno sobre el mismo lote, y ordena la cancelación de la hipoteca y de su inscripción.

Apelado el fallo del juzgado por la demandada Quiceno de Moreno, el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó en el de veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho "en

cuanto fue materia del recurso de apelación''. Y dispuso que por el juzgado se compulsara copia del juicio y se enviara a las autoridades penales ''para que se investigue el posible delito en que pudo haber incurrido el demandado Rodrigo Correa Pareja''.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El estudio de la segunda instancia lo concreta el fallador al contrato de hipoteca, porque, como la única apelante fue la demandada Quiceno de Moreno, los efectos de la sentencia frente al demandado Correa Pareja quedaron en firme.

Conforme a lo preceptuado por los artículos 2443 y 2439, ''son dos los requisitos básicos indispensables para la validez de un contrato de hipoteca: ser dueño y poderlo enajenar. Faltando uno cualquiera de ellos, el contrato no tiene validez ni efecto alguno, especialmente el primero''.

Encuentra el Tribunal que ''de acuerdo con las pruebas presentadas al juicio, Ocampo y Madrid no enajenaron el inmueble, objeto de la demanda, y que lo adquirido por Correa Pareja de los supuestos vendedores, no fue un inmueble que no lesionara legítimos derechos de terceros ''para que tal enajenación tuviera valor alguno'', ni ha transcurrido el tiempo indispensable para que se cumpliera el fenómeno de la prescripción, pues solo transcurrieron pocos meses entre ''la farsa de la enajenación y la presentación de la demanda por los legítimos dueños del que aparece hipotecado por Correa Pareja en favor de la señora Quiceno de Moreno''.

Si la venta de cosa ajena vale en los términos del artículo 1871, no ocurre lo mismo con el de hipoteca por expresa prohibición legal, por lo mismo ''una vez que el legítimo dueño reclame y demuestre en juicio contra el acreedor que lo hipotecado no estaba en el patrimonio del deudor, aquélla no puede subsistir''.

En el caso presente solo subsiste el contrato de mutuo, por lo cual se ordena la cancelación de la escritura 2422 de 20 de junio de 1956 solo en cuanto a la hipoteca, y lo mismo que el registro, no en cuanto al contrato de mutuo.

RECURSO DE CASACION

El apoderado de la demandada Candelaria Quiceno de Moreno impugnó la sentencia del Tribunal Superior de Medellín con el recurso extraordinario de casación, que entra a resolver la Corte.

Basado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, la demanda le hace tres cargos a la sentencia: el primero por infracción directa de los artículos 11 del Código de Procedimiento Penal, 26 de la Constitución Nacional y 669, 673, 756 y 1887 y 2443 del Código Civil.

El segundo por interpretación errónea de los artículos 494 del Código Judicial, 26 del Código Civil y 5º de la Ley 153 de 1887.

El tercero por interpretación errónea del artículo 575 del Código Judicial, 2º del Decreto extraordinario número 0243 de 1951, 26, 27, 28 y 29 del Código Civil.

Y el 4º por incongruencia.

Para sustentar la primera tacha, transcribe el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, en el cual, dice el recurrente, hay un postulado tendiente a la mejor administración de justicia, ''se armonizan las relaciones entre los jueces civiles y penales, se delimitan los campos de acción de los unos y de los otros'', que tienen funciones y procedimientos tan diversos en busca de la verdad y de la administración de justicia.

Se refiere a la diversa naturaleza de los procedimientos, que es inquisitivo el penal, y dispositivo el civil.

''El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal busca, pues, la separación y el límite de la competencia entre los jueces penales y civiles, disponiendo que los últimos no la tienen para conocer de las cuestiones penales que se susciten del adelantamiento de los procesos civiles o administrativos, por lo cual deben ponerlas en conocimiento de aquéllos, y suspender los procesos respectivos, mientras las autoridades se pronuncian en auto de sobreseimiento definitivo o sentencia irrevocable''.

La separación de órbitas lleva a un lógico ordenamiento de las decisiones que han de ser tomadas ''evitándose sabiamente las posibles contradicciones entre la sentencia en que culmine el juicio civil y la decisión final proferida en el proceso penal''.

Las amplias facultades que tiene el Juez Penal en la etapa investigativa, pueden arrojar luces que el Juez Civil no puede despreciar profiriendo su decisión de fondo sin ordenar la investigación correspondiente, cuando los hechos sometidos a su consideración muestran todos los

visos de un ilícito que es causa de la decisión que ha de tomar.

Por eso, además de la noticia que el Juez Civil da al Juez Penal acompañada de los documentos y datos necesarios para una mejor investigación, "si el fallo que correspondiere dictar en la investigación criminal pudiere influír en la decisión de la controversia civil o administrativa, habrá de suspenderse esta, salvo disposición en contrario hasta la solución definitiva de aquélla".

Reproduce los apartes de fallos de la Sala de Negocios Generales sobre el alcance del artículo 11 precitado en las actividades culposas que originan dos clases de acciones, e imponen la suspensión de los negocios civiles, mientras el proceso penal no se haya resuelto en definitiva; sobre la prioridad que dicha norma le da al fallo penal sobre el civil y la tendencia a evitar que se produzcan fallos contradictorios, y sobre que esta suspensión no impide que el procedimiento se adelante hasta el momento del fallo sin proferir éste mientras no se conozca el resultado de la acción penal.

Concluye que la decisión del Tribunal tomada en contravención del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal vendría a ser prematura: es violatoria del artículo 26 de la Constitución, que no permite el juzgamiento sin el plenum de las formalidades de cada juicio; y de los artículos 669, 673, 756, 1871 y 2443 del Código Civil "porque se estaría entrando en la decisión de fondo sobre la propiedad de una u otra de las partes, sobre el modo como se adquirió el dominio, y sobre todo, alrededor de la validez de dos contratos, uno de compraventa y otro de mutuo, este con el accesorio de la hipoteca sin someter el procedimiento al tamiz del pronunciamiento previo por la justicia penal que establezca los ilícitos que pudieran presentarse".

Se considera:

La tacha por infracción directa, como se desprende de los términos del artículo 520 del Código Judicial, toca con la ley sustantiva referente a la relación jurídica planteada en el debate, no con la ley atinente a la jurisdicción o competencia de los falladores, cuya violación tiene su enmienda en otras causales de casación.

El recurrente considera fundamentalmente violado el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, que ordena al juez dar noticia inmediatamente al funcionario competente del hecho penal que descubra en el curso de un proceso civil, "acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes". Agrega la norma que "si se iniciare la investigación criminal, y el fallo que correspondiere dictar en la misma, pudiere influír en la solución de la controversia civil... esta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

Si se observa que este precepto regula la manera de proceder el Juez Civil, en cuanto le ordena suspender el pronunciamiento hasta que en el negocio penal se profiera sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, cuando estos proveídos puedan tener influencia en la solución del juicio civil, resulta que lo que en definitiva se consagra es una suspensión de jurisdicción, que, según doctrina de la Corte, va desde la citación para sentencia en adelante. Esta suspensión se traduciría en una nulidad por incompetencia de jurisdicción, al tenor del artículo 448, ordinal 1º del Código Judicial reclamable en casación por la causal 6ª del artículo 520 ibídem, no por la 1ª. En efecto, el artículo 147, ibídem, dice que la jurisdicción se suspende: "4º Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes". Aquí sería por mandato del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, como se suspendería al juez la jurisdicción o facultad de decidir el pleito civil en que se emplan los supuestos que establece el inciso segundo del mismo precepto. El yerro del fallador no sería en tal situación *in judicando* sino *in procedendo,* que tiene su enmienda, en casación por la causal 6ª no por la 1ª.

Pero en el caso de autos no se presentan los requisitos de la suspensión, ya que no se dio siquiera cuenta del hecho delictuoso al funcionario competente para su investigación y consiguiente juzgamiento, ni los demandados lo insinuaron siquiera. Por lo mismo, era imposible deducir la influencia del fallo penal en el civil. Al respecto ha dicho la Corte: "La suspensión del juicio civil, según los términos del inciso 2º del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, no es, pues, en todo caso, sino cuando la decisión penal pudiera influír en el fallo. La suspensión no es automática, es decir, no se determina simplemente por la sola existencia del proceso penal. Si la decisión del juez del crimen no pudiere tener tal influencia, no está el juez obligado a ordenarla. No es pues de plano como la suspensión se opera. Naturalmente tal determinación u orden de suspensión habrá de tomarse en vista de los elementos que del proceso penal se lleven a la actuación civil. (T. 80, págs. 715-716. T. 78 pág. 83).

Infiérese que la tacha, consistente en que el sentenciador de segundo grado incurrió en infracción directa del artículo 11 citado, porque el juez de primera instancia no tenía competencia para decidir el juicio civil, mientras no se hubiera resuelto en definitva el proceso penal, no iniciado siquiera en su etapa investigativa, no cabe por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y que, aunque se hubiera formulado por la 6ª ibídem, por la cual sí cabría, no está demostrada.

MOTIVOS SEGUNDO Y CUARTO

Se estudian en conjunto por tratarse del mismo cargo presentado por distinta causal.

El segundo motivo se sintetiza así: El artículo 494 del Código Judicial le prohibe al juez *ad quem* agravar la situación del recurrente fijada en la sentencia o en el auto interlocutorio subido en apelación, "y apenas puede hacerles las modificaciones que sean necesarias, en cuanto estén tan íntimamente ligadas, que ello sea imprescindible". Esta excepción al principio de la *reformatio in pejus* le permite al fallador en determinados eventos, considerar la parte de la providencia "que puede entenderse no apelada y casada (sic) y puede llegar a modificarla en los puntos íntimamente relacionados con aquella recurrida".

De esta excepción, planteada por el legislador en términos generales, incumbe al fallador en cada caso fijar su aplicación, sin rigidez, que "llevaría a la comisión de marcadas injusticias en la solución de muchas controversias jurídicas", sino buscando el verdadero sentido de la ley, al aplicarla a los casos que lleguen a su conocimiento.

No solo por este aspecto debe interpretarse el artículo 494 del Código Judicial, sino cuando hay un litis consorcio activo o pasivo, el cual "determina entre sus integrantes una comunidad de intereses encadenados, una solución de continuidad tal que no puede separarse por personas lo que es favorable al uno y desfavorable al otro. Esta figura procesal del litis consorcio hace que todos y cada uno de los integrantes de cada parte sientan en su propio interés el beneficio o el perjuicio de los demás.

"Es así como al apelar uno de los litigantes que integran alguna de las partes, hay que considerar el litigio en su conjunto, y no en cuanto a esa persona únicamente, porque la relación jurídico-procesal de cada uno puede perjudicar al otro".

Concluye que, al violarse el artículo 494 del Código Judicial por errónea interpretación, se ha infringido también el artículo 26 del Código Civil, que requiere a los jueces para que en la interpretación de la ley busquen su verdadero sentido.

El mismo cargo, como cuarto de la demanda, lo propone con respaldo en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas (sic) por los litigantes". Lo desarrolla en éstos términos:

El principio de la *reformatio in pejus* impone a los falladores la prohibición de hacer más gravosa la situación jurídica de la parte recurrente en apelación o casación, pues esos recursos se entienden interpuestos únicamente en lo desfavorable a los recurrentes. Ese es el tenor del artículo 494 del Código Judicial.

"Al respecto de esta causal, reiteró las alegaciones expuestas en el ordinal b) de la causal primera de casación, de las cuales se desprende que en el caso del litis consorcio, la apelación interpuesta por uno de los litigantes que componen esa parte ha de entenderse no solo en lo desfavorable, sino también en todo aquello relacionado con el otro litigante, aun cuando éste no hubiera recurrido de la providencia protestada".

"Si así no se procediere, la sentencia no estaría en consonancia de (sic) las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, y se incurriría en una causal claramente determinante de casación".

Se considera:

El artículo 531 del Código Judicial preceptúa que la demanda de casación debe expresar la causal o causales que se aduzcan para pedir la infirmación del fallo, e indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ellas. Estos fundamentos de hecho son las equivocaciones que el impugnante advierta en la sentencia recurrida. En los cargos por *reformatio in pejus*, apenas se limita el recurrente a exponer, tanto en cuanto lo funda en violación directa del artículo 494 del Código Judicial como en la causal 2ª que, cuando existe un litis consorcio en cualquiera de las partes, la apelación interpuesta por uno de los litis consortes se entiende también interpuesta por el otro o los otros, pero no expresa en concreto qué es lo que sobre el particular ha ocurrido en este juicio, en otros términos, no expone ni precisa el cargo.

El carácter excepcional que tiene el recurso extraordinario de casación exige, al tenor del artículo 531 del Código Judicial, que la tacha se formule de modo preciso y claro, es decir, exponiendo el hecho o los hechos que la constituyen. Empero, limitarse el acusador en las dos tachas a decir que la apelación presentada por uno de los litis consortes contra una sentencia aprovecha a los demás, no es hacer un cargo sino una afirmación general y abstracta, que ni siquiera serviría para fundar una apelación. Lo expuesto sería suficiente para rechazar el cargo por inane.

Sin embargo, la Corte, interpretando la impugnación con espíritu de amplitud, en el sentido de que la apelación interpuesta por la demandada Quiceno de Moreno favorecía también a Correa Pareja, observa:

En el caso *sub lite* se han acumulado dos acciones, la reivindicatoria de un inmueble contra el poseedor Rodrigo Correa Pareja, y la de nulidad de la hipoteca sobre el mismo, dirigida contra dicho demandado y Candelaria Quiceno de Moreno. Se trata de dos acciones independientes entre sí, que bien hubieran podido iniciarse y seguirse separadamente. No se da un litis consorcio necesario en relación con las dos acciones sino propio o facultativo, basado en la comunidad de título o causa, que es el dominio del actor, y en la comunidad de objeto, el inmueble. Objetivamente la acumulación es legal porque no son incompatibles y se sustancian bajo la misma cuerda (artículo 209 del Código Judicial). En lo que toca con la acción de nulidad de la hipoteca sí hay un litis consorcio necesario entre los dos demandados, ya que a ella deben ser citados quienes celebraron el contrato. (Artículo 1602 del Código Civil).

Por la independencia entre la acción de dominio y la de nulidad, es manifiesto que respecto de la primera Rodrigo Correa Pareja es sujeto pasivo o demandado exclusivo, y Quiceno de Moreno, un tercero. Por lo mismo, al no apelar aquél de la sentencia de primer grado, la consintió y dejó ejecutoriar, razón por la cual dijo el Tribunal: "De conformidad con lo preceptuado por el artículo 494 del Código Judicial como de la providencia apelada solo interpuso el recurso de apelación la demandada Quiceno de Moreno Tobón, los efectos de tal providencia quedan en firme, y su estudio en esta instancia se concreta a la declaración sobre el contrato de hipoteca y la condenación en costas que igualmente la comprendió".

La apelación de Quiceno de Moreno como litis consorte necesario en la acción de nulidad de la hipoteca, por sí sola dio al Tribunal plena competencia para revisarla en su integridad, y el resultado favorable o adverso de su decisión vinculaba a Correa Pareja a pesar de no ser apelante, en razón del litis consorcio necesario.

El fallador de segunda instancia consideró, en primer término, la prueba relacionada con el dominio del bien raíz y encontró que Correa Pareja no lo había adquirido de los verdaderos dueños; y, en segundo, que a la luz de los artículos 2439 y 2443 del Código Civil, la hipoteca era nula por haberse constituído sobre cosa ajena. Y así confirmó la sentencia del juez en lo que fue materia de la alzada. No se ve en qué pudo haber una *reformatio in pejus* referente a Correa, que consintió el fallo de primer grado por cuanto no apeló de él. Confírmase así la inanidad de la acusación.

CUARTO CARGO
(Tercero de la demanda)

Lo funda en que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 575 del Código Judicial, 2º del Decreto extraordinario número 0243 de 1951, 26, 27, 28 y 29 del Código Civil.

Comenta que la primera de las normas citadas para la condenación en costas tenía en cuenta la temeridad y malicia con que se sostenía la acción, excepción o apelación, y dejaba al juez un amplio margen para estudiar la conducta de los litigantes en el expediente "lo que implicaba un sentido humano de la justicia".

El Decreto 0243, al disponer que se condene en costas "al que pierda ante el superior el recurso de apelación que ha interpuesto", implanta un criterio objetivo, que "no puede aplicarse sin contemplaciones, so pena de caer en marcada injusticia en determinados eventos de aplicabilidad dudosa".

Vuelve al caso del litis consorcio en el cual si uno de los litigantes debe ser condenado en costas, por resultar vencido, no hay razón para que el otro, sin culpa ni malicia de su parte en la actuación del juicio, tenga que sufrir la condenación en costas.

Se considera:

Doctrina constante de la Corte ha sido que la condenación en costas por el fallador de segunda instancia escapa al recurso de casación, por tratarse de una cuestión que no toca directamente con la controversia decidida en el pleito sino que es accesoria a ella y que no tiene

carácter sustantivo sino puramente adjetivo. (T. XVII pág. 165. T. LII pág. 774. T. LXXVIII pág. 51. T. LXXXII pág. 636).

Se rechaza el cargo.

La Corte Suprema de Justicia, en consecuencia de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho en el juicio ordinario seguido por Marceliano Ocampo H. y Rubén Madrid C., contra Rodrigo Correa Pareja y Candelaria Quiceno de Moreno.

Las costas en casación a cargo de la recurrente.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA SIMULACION CONSTITUYE UNA FIGURA JURIDICA DISTINTA DE LA NULIDAD.

La Corte reitera la doctrina sentada al respecto. Ninguna de las causales de casación establece la infirmación del fallo de instancia porque el Tribunal desconoce la jurisprudencia uniforme de la Corte. No puede alegarse, simultáneamente, error de hecho y de derecho, respecto de un mismo medio probatorio.

1. En diversas oportunidades la Corte ha tenido ocasión de puntualizar la génesis y las vicisitudes de la simulación y de su acción de prevalencia; ha señalado la época doctrinaria en que se tuvo la simulación como causa de nulidad; ha fijado el hito que separa las dos etapas en que por obra de su jurisprudencia para fenómenos distintos señaló acciones de contenido y características propias; ha registrado y rectificado el retorno que a la vieja tesis ocurriera de 1941 a 1944 y ha vuelto de 1954 en adelante por los principios expuestos en 1935, con el objeto de conservarles a esas acciones "su peculiar trascendencia, que arranca de los hechos generadores y no del nombre que errónea o acertadamente el actor le haya dado a la demanda", como también para despejar la imprecisión anotada por el Tribunal.

Con ese criterio parece útil recordar ahora algunas de las doctrinas de la Corte, al respecto, a partir de 1954. Sobre el particular pueden verse las casaciones contenidas en la Gaceta Judicial, Tomos LXXVII, 2140, pág. 343, 2141, págs. 554-555, 2142, págs. 791 a 793; XC, 2210, pág. 325; XCI, pág. 849, y en 1960 la dictada en el juicio de Jesús Moreno Vargas frente a Félix Romero Castro.

Toda la teoría de la simulación encuentra su fundamento principal en el artículo 1766 del Código Civil sin que éste pueda propiciar confusión o crear equivocaciones. Y más aún, si se tratase de simulación relativa o en general, si se ejercitara la acción de prevalencia, pertinente tanto para la simulación absoluta como para la relativa, según lo tiene aceptado la jurisprudencia, sería el artículo citado el aplicable, cuando de lo que se trata es de buscar que aparezca la voluntad auténtica de los contratos sobre la oculta o simulada.

2. Ninguna de las causales de casación establece que pueda infirmarse la sentencia de instancia porque el Tribunal "desconoce la jurisprudencia uniforme" de la Corte, pues dicha jurisprudencia si es doctrina probable, en ningún caso tiene fuerza de ley y, el recurso extraordinario, en principio, encuentra su razón de ser, primordialmente, en la defensa de la ley.

3. Respecto de un mismo medio probatorio, no es posible el planteamiento simultáneo del cargo por error de hecho manifiesto y por error de derecho. Generalmente no pueden coexistir, se repelen. Si el fallador no vio la prueba es imposible el error de derecho; si la apreció, a menos que su contenido material lo vea de manera contraria a su propia evidencia, el error de hecho queda descartado.

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

Son demandantes en este juicio María del Rosario Vargas Ramírez y Luis Eduardo Sánchez Bautista y demandados Julio Otero Gómez, Rosa María Vargas de Velásquez, Leonor

Vargas de Gutiérrez y Pedro José Vargas Ramírez.

El petitum de la demanda contiene la solicitud de que por el órgano judicial se declare "que es nulo, de nulidad absoluta por falta de causa, el contrato hecho constar en la escritura pública número doscientos cinco (205), otorgada en la Notaría Primera del Circuito de San Gil de veinte (20) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954)", por la cual la señora Sixta Ramírez v. de Vargas transfirió a título de venta a Julio Otero Gómez el inmueble detallado en el punto primero de la demanda; que son también nulas, de nulidad absoluta, las escrituras números 86 de 17 de mayo de 1955, la 264 de 26 de mayo de 1955 y la 120 de 14 de julio de 1955, todas pasadas en las notarías de San Gil; que en consecuencia se ordene la cancelación de las escrituras citadas; que el bien descrito en la petición primera de la demanda, con los lotes que de él se segregaron, relacionados en la petición tercera, pertenecen a la sucesión de la señora Sixta Ramírez v. de Vargas, en propiedad, y a ella deben volver; que los demandados están obligados a entregar a la sucesión dicha, representada por sus herederos, entre los cuales figuran los demandantes, María del Rosario Vargas Ramírez y Luis Eduardo Sánchez Bautista, la primera como hija legítima de la causante y el segundo en representación de José Agustín Sánchez, hijo legítimo también de doña Sixta, la finca rural "El Guamito", con su casa de habitación y demás anexidades, usos, costumbres y servidumbres, en su integridad, con los lotes que de ella fueron segregados; que los demandados están obligados a pagarle a la sucesión de Sixta Ramírez v. de Vargas, representada como queda dicho, los frutos naturales y civiles que hubiera podido producir el bien desde el día en que los demandados entraron en posesión del inmueble, o de parte de él, hasta que se verifique la entrega, como también los daños y perjuicios que se han ocasionado por las transferencias viciadas.

Subsidiariamente se solicita declaración de simulación absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura 205 ya citada, como de las demás mencionadas, y la cancelación de ellas tal como se pide en las peticiones principales. Para uno u otro caso se solicita condenación en costas.

En 30 hechos se fundan las peticiones anteriores: son en síntesis:

El contrato que se hizo constar en la escritura 205 no tuvo por objeto, porque esa no fue la intención, la transferencia del inmueble a que el título se contrae en lo que se relaciona con la vendedora Sixta Ramírez v. de Vargas, ni en Julio Otero Gómez hubo la intención de comprar ese bien, pues en ambos sólo existió el deseo de evitar por medio de esa venta el juicio de sucesión que se hiciera con posterioridad a la muerte de la vendedora, debiendo el aceptante Otero Gómez distribuír el inmueble entre todos los herederos de la vendedora después del deceso de ésta, lo que así hizo el comprador en las escrituras posteriores a la 205, ya citadas.

La venta se hizo por la suma de $ 4.000.00, que no fueron pagados por el supuesto comprador a la aparente vendedora, pues que en ellos no hubo intención ni voluntad de hacer un contrato verdadero de venta, y fue por eso que la vendedora siguió en la posesión del inmueble hasta su muerte, a sabiendas del presunto comprador, quien nunca pretendió disputársela, y quien, por lo demás, confesó en posiciones rendidas a solicitud de María del Rosario Vargas "la falta de causa en el contrato que refiere la escritura 205 tantas veces mencionada, y expresamente manifestó no haberle pagado a la otorgante Sixta Ramírez el precio allí estipulado, ni en todo ni en la más mínima parte, como simulada que era esa venta; como confiesa también que la aparente vendedora continuó en la posesión de la finca adquirida por ella por la adjudicación que se le hizo a título de gananciales al liquidarse la sociedad conyugal formada con su consorte José Antonio Vargas, liquidación efectuada en el juicio de sucesión del mismo.

"El señor Agustín Sánchez falleció el 19 de noviembre de 1943, y doña Sixta Ramírez, su madre, el 17 de marzo de 1955".

Lo que se afirma respecto a la escritura 205, se dice de las escrituras 86, 264 y 120, otorgadas por Julio Otero Gómez en favor de los demás demandados en este juicio.

La parte demandada acepta "que la señora Sixta Ramírez v. de Vargas le transfirió al señor Julio Otero Gómez el dominio en el predio denominado 'El Guamito', de que trata la escritura número 205, que se cita en la demanda, con el fin de que, a su muerte, éste lo repartiera entre sus hijos, de suerte que el señor Otero Gómez fue apenas un testaferro, y la transferencia del dominio había de ser por lo que les pudiera corresponder a los hijos de la tradente en su condición de herederos".

"..... ...

"Conforme a lo que dejo dicho, sí existió causa y consentimiento en la transferencia que le hiciera Sixta a Otero Gómez, como existen también en las de éste a los demandados Ramírez, y así lo dejan ver también las afirmaciones que, al respecto, se hacen en los hechos de la demanda. Sólo que esos causa y consentimiento quedaron encubiertos en el pacto secreto que dejo dicho y de que hacen relación los hechos de la demanda.

"Existiendo como existen la causa y el consentimiento, no hay lugar a la nulidad absoluta invocada en la demanda y la simulación por sí sola no da lugar a nulidad. De esta suerte, y por cuanto no existe disposición legal que impidiera a Sixta Ramírez v. de Vargas la transferencia de el predio de 'El Guamito' a sus hijos valiéndose del testaferro señor Julio Otero Gómez, no puede haber posibilidad legal para que se hagan las declaraciones de nulidad y simulación que se piden en la demanda...".

"Alego desde ahora las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva en la parte demandante; ilegitimidad de la personería sustantiva en la parte demandada; petición antes de tiempo y de modo indebido, carencia de acción, y las demás que resulten de autos".

El 28 de marzo de 1958, el Juzgado del conocimiento, declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, negó las peticiones de nulidad y simulación absolutas solicitadas en el libelo, ordenó la cancelación de la inscripción de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Por apelación de ésta, el Tribunal de San Gil conoció del negocio, y en sentencia de seis de junio de 1959, revocó la del Juzgado y declaró simulados los contratos contenidos en las escrituras referidas, ordenó la restitución del inmueble "El Guamito" a la sucesión de Sixta Ramírez v. de Vargas, la cancelación de las inscripciones de las escrituras y condenó en costas de primera instancia.

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de estudiar las características de la acción de simulación y la de nulidad absoluta, dice el Tribunal:

"De suerte pues que hoy, aunque el acto simulado incida a la vez en el consentimiento y en la causa, factores fundamentales para la validez de las obligaciones, la acción de simulación es la adecuada, y no la de nulidad, para quien va a impugnar un acto en el cual no hubo ánimo contractual serio y real, sino ficción y apariencia.

"..... .....

"Seguramente, porque la jurisprudencia de la Corte se ha resentido hasta cierto punto de imprecisión, acerca de si la simulación absoluta o integral se resuelve o no en acción de nulidad, la parte demandante en el presente caso, en el libelo inicial del juicio, formula en sus peticiones principales o ejercita en éstas la acción de nulidad absoluta, y en las subsidiarias la de simulación. Pero dada la base de la impugnación, los antecedentes y hechos que sustentan este litigio y lo anteriormente expuesto, la primera de tales acciones es improcedente, quedándole al Tribunal para estudiar tan solo la acción de simulación propiamente dicha planteada en las súplicas subsidiarias de la demanda".

Se refiere el fallador a los actos de voluntad contenidos en las escrituras 205, 86, 264 y 120, y a la calidad de las partes proponentes de la acción simulatoria, sobre lo cual dice:

"Proponen la simulación en este caso María del Rosario Vargas Ramírez y Luis Eduardo Sánchez Bautista en favor de la sucesión de Sixta Ramírez v. de Vargas y como herederos de ésta: la primera obra como representante directo de la causante en su calidad de hija legítima, y el segundo actúa en representación de la misma causante, a nombre de su padre José Agustín Vargas (sic) (debió decirse José Agustín Sánchez) fallecido, éste también hijo legítimo de la *de cujus*, todo lo cual se acredita con las partidas y demás documentos acompañados a la demanda. Los aludidos demandantes no alegan para obtener la declaración de simulación, la calidad de herederos defraudados con esa simulación, sino que obran simplemente como lo hubiera podido hacer la causante, si viviera".

Al analizar las pruebas aducidas al juicio por los actores y especialmente las absoluciones rendidas por los demandados, concluye el sentenciador de instancia:

"De las pruebas que se dejan relacionadas y de la respuesta dada a la demanda, se deduce, por aceptarlo implícita y explícitamente todos los demandados, que los contratos impugnados en este proceso fueron simulados en su integridad: simplemente se pretendió con ellos eludir el juicio de sucesión de Sixta Ramírez v. de Vargas y repartir la finca 'El Guamito' entre los herederos de ésta. En ninguno de esos contratos hubo intención de vender ni de com-

prar, ni hubo precio, a pesar de lo que en ellos se afirme, ni hubo en definitiva las ventas a que ellos se contraen. Quitada la apariencia engañosa que presentaban esos contratos, nada queda de ellos y resultan por ende, como lo dijo alguna vez la Corte, 'efímeras las transferencias y adquisiciones que tuvieron por base el acto simulado, ya que el enajenante no se despojó de los derechos transmitidos; inútiles los vínculos jurídicos contraídos, ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto simulado; la posición de las partes queda como antes y los cambios en las relaciones jurídicas resultan ilusorios, carecen de realidad, de contenido real'.''

''Dada pues la calidad con que obra la parte demandante, la prueba para establecer esa simulación tendrá que ser limitada; es decir, como se trata de impugnar actos ostensibles que constan por escrito, la demostración del acto oculto debe basarse también en prueba escrita o en principio de prueba por escrito, o en la confesión. Y esa calidad de herederos de la vendedora simulante señora Sixta Ramírez v. de Vargas que invocan los demandantes, para que la finca 'El Guamito' regrese a poder de su sucesión, es título suficientemente justificativo de su *causa petendi.*

''Además de la respuesta dada a la demanda, en que se acepta la simulación impugnada, durante el término probatorio de la primera instancia, oportunamente fueron traídas al proceso varias pruebas tendientes a demostrar esa simulación...'' las que el Tribunal estudia, para concluír así:

''Por consiguiente, la simulación demandada deberá declararse en este fallo, no así el pacto secreto que con los contratos simulados quiso encubrirse, entre otras razones, porque no es legal el sistema de liquidar juicios de sucesión, pretermitiendo su trámite, en la forma convenida por los simuladores, muy presumiblemente en fraude de los derechos fiscales''.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos contiene la demanda contra la sentencia del Tribunal, cuyo estudio se hará separadamente.

PRIMER CARGO. ''Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa e interpretación errónea (Nº Iº inc. 1º art. 520 C. J.).

''El Tribunal violó la ley sustantiva, por infracción directa del inciso primero del artículo 1766 y del artículo 1602 del Código Civil, que dicen, respectivamente: 'Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escrituras públicas, no producirán efectos contra terceros', lo que quiere decir que sí producirán efecto entre las partes contratantes: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.''

Para el recurrente el Tribunal viola las disposiciones citadas porque ''desconoce la jurisprudencia uniforme'' de la Corte ''que divide el fenómeno de la simulación en dos especies o tipos: la absoluta y la relativa 'y entiende que la primera tiene lugar cuando se celebra voluntaria y deliberadamente un acto ostensible de mera apariencia, que carece totalmente de contenido como negocio jurídico, y simultáneamente con él se conviene otro entre los mismos contratantes en un acto oculto, en una contraestipulación, que están voluntariamente encaminados a destruír en forma completa los efectos del acto aparente; y que la segunda se produce cuando el acto secreto, celebrado también al mismo tiempo con el acto ostensible, está apenas destinado a adicionar, a alterar parcialmente o modificar los efectos o la naturaleza del público'.''

Sostiene la demanda que el fallo materia del recurso es violatorio de las disposiciones civiles antes citadas, ''porque incurre en grave contradicción, cuando al mismo tiempo que acepta que con los contratos impugnados en este proceso se pretendió eludir el juicio de sucesión de Sixta Ramírez v. de Vargas y repartir la finca de 'El Guamito' entre los herederos de ésta... termina concluyendo (sic) que tales contratos fueron simulados en su integridad y carecen de causa. No pueden coexistir esas dos situaciones de la existencia de la simulación integral y de la simulación relativa''.

LA CORTE CONSIDERA:

1º En diversas oportunidades la Corte ha tenido ocasión de puntualizar la génesis y las vicisitudes de la simulación y de su acción de prevalencia; ha señalado la época doctrinaria en que se tuvo la simulación como causa de nulidad; ha fijado el hito que separa las dos etapas en que por obra de su jurisprudencia para fenómenos distintos señaló acciones de contenido y características propias; ha registrado y rec-

tificado el retorno que a la vieja tesis ocurriera de 1941 a 1944 y ha vuelto de 1954 en adelante por los principios expuestos en 1935, con el objeto de conservarles a esas acciones "su peculiar trascendencia, que arranca de los hechos generadores y no del nombre que errónea o acertadamente el actor le haya dado a la demanda", como también para despejar la imprecisión anotada por el Tribunal.

Con ese criterio parece útil que la Corte reproduzca ahora algunas de sus doctrinas, a partir de 1954:

En sentencia de la entonces Sala Plena Civil, de primero de abril de ese año, dijo:

"Manteniéndose como se mantiene en los más recientes fallos de esta Superioridad, la distinción entre simulación y nulidad, no es posible negar la incongruencia en el fallo recurrido que, confundiendo las diferentes acciones, dejó de pronunciarse sobre la ejercitada por la demandante (simulación) y decidió sobre lo que no se le propuso (la nulidad), confusión provocada seguramente por la que sembró la jurisprudencia en la etapa de 1941 a 1945" (LXXVII-2140, pág. 343).

El 8 de junio del mismo año, dijo:

"La nulidad sustantiva sólo puede ocurrir respecto de los negocios jurídicos, esto es, de las manifestaciones VERDADERAS de voluntad encaminadas a producir consecuencias jurídicas. O de otro modo: no hay nulidad sino en las manifestaciones volitivas tendientes a que nazcan, se modifiquen o se extingan relaciones de derecho".

"..... .....

"2º La Simulación, en cambio, es fenómeno complejo que tiene características enteramente distintas de la nulidad, aunque con ella tenga puntos tangenciales que requieren un deslinde ideológico para evitar confusiones de graves consecuencias".

"..... .....

"2ª Las acciones para demandar la nulidad y la simulación tienen naturaleza y contenido distinto. La de nulidad es *constitutiva y de condena*: lo primero porque destruye una situación jurídica creada; lo último, porque según la ley, lleva a reivindicar la cosa, aun contra terceros de buena fe. En cambio la acción de simulación es *declarativa* porque con ella tan sólo se busca descubrir el verdadero pacto, el oculto, dándole la prevalencia que le corresponde sobre el fingido. Pero esto no es óbice para que a la acción de simulación se la considere como principal y puedan acumulársele otras, encaminadas a amparar derechos que tengan nexos con la situación jurídica encubierta..." (LXXVII-2142, págs. 791, 792 y 793).

Y el 2 de septiembre del citado año, dijo:

"La nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden ser equiparados, ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse, y así lo aceptó la doctrina por varios años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad y a la simulación para conservarles su propia fisonomía.

"La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico, sino sólo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal, como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena". (LXXVII, págs. 554-555).

En 1959, ratificó las tesis de 1935, así:

"Si por otro lado,... no se pierde de vista que la tesis de la simulación absoluta como causa de nulidad, implica la confusión de estos dos fenómenos, es evidente que la doctrina que se glosa no correspondía a la realidad jurídica, por lo cual la Corte hubo de recogerla, para llegar de nuevo respecto a la simulación absoluta a la doctrina de la simulación-prevalencia establecida en 1935" (XC-2210, pág. 325). En el mismo sentido sentencia de 30 de noviembre de 1959 (XCI-pág. 849).

Y por fin, en 1960, expresó:

"Si son, en consecuencia, de naturaleza diferente las condiciones de la acción de nulidad y los presupuestos de la acción de simulación, y si en concreto las afirmaciones de hecho de la demanda inicial predican simulación, es indudable que el sentenciador estuvo acertado al referir su fallo a la acción de prevalencia, aunque el actor le diese el rótulo de nulidad absoluta".

(Sentencia dictada en el juicio de Jesús Moreno Vargas frente a Félix Romero Castro, aún no publicada en la *Gaceta Judicial*).

2. Afirmada por la parte actora la simulación y aceptada por la demanda, no podría sostenerse que al aplicar el fallador al caso del litigio el artículo 1766 del Código Civil, incurriera en error jurídico. Regulada por el artículo citado la licitud y validez de los actos simulados, si ellos no están afectados de vicios del consentimiento, es indudable que al juez le corresponde decidir la sujeta materia del litigio con arreglo al precepto legal citado.

Toda la teoría de la simulación encuentra su fundamento principal en esa norma sin que ella pueda propiciar confusión o crear equivocaciones. Y más aún, si se tratase de simulación relativa o en general, si se ejercitara la acción de prevalencia, pertinente tanto para la simulación absoluta como para la relativa, según lo tiene aceptado la jurisprudencia, sería el artículo citado el aplicable, cuando de lo que se trata es de buscar que aparezca la voluntad auténtica de los contratos sobre la oculta o simulada.

3. Ninguna de las causales de casación establece que pueda infirmarse la sentencia de instancia porque el Tribunal "desconoce la jurisprudencia uniforme" de la Corte, pues dicha jurisprudencia si es doctrina probable, en ningún caso tiene fuerza de ley y, el recurso extraordinario, en principio, encuentra su razón de ser, primordialmente, en la defensa de la ley.

4. La contradicción que el recurrente encuentra en el fallo censurado, "cuando al mismo tiempo que acepta que con los contratos impugnados en este proceso únicamente se pretendió eludir el juicio de sucesión de Sixta Ramírez v. de Vargas,... termina concluyendo (sic) que tales contratos fueron simulados en su integridad, y carecen de causa", no sería fundamento para respaldar el error jurídico planteado en la censura.

SEGUNDO CARGO. "La sentencia materia del recurso es también violatoria de la ley sustantiva, en sus artículos 1766, 1602 y 1608 del Código Civil, por error evidente de hecho y error de derecho en la estimación de las pruebas, esto es, de las confesiones de la señora Sixta Ramírez v. de Vargas en su memoria testamentaria y por los demandados en posiciones y de la inspección ocular y del dictamen pericial que obra a los folios 24 a 26 del cuaderno de pruebas del actor y que destacan la *simulación relativa* de los actos escriturarios impugnados y que el testaferro Otero Gómez ya le estaba dando cumplimiento al encargo secreto (Inc. 2º del Nº 1º del art. 520 del C. J.)".

SE CONSIDERA:

No es posible el planteamiento simultáneo del cargo por error de hecho manifiesto y por error de derecho. Generalmente no pueden coexistir, se repelen. Si el fallador no vio la prueba es imposible error de derecho; si la apreció, a menos que su contenido material lo vea de manera contraria a su propia evidencia, el error de hecho queda descartado. Tal como está formulada la acusación transcrita se destruye de suyo, sin dar margen a su estudio.

Pero aún, si prescindiendo del rigor técnico que el recurso de casación significa, se avocara la censura por error de derecho, sería frustránea la impugnación, porque no se citaron las disposiciones de carácter probatorio violadas y con repercusión sobre norma de carácter sustancial, sin lo cual no se configura el llamado error medio.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de seis de junio de mil novecientos cincuenta y nueve proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el juicio ordinario de María del Rosario Vargas Ramírez y otro contra Julio Otero Gómez y otros.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Los Magistrados,

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD ABSOLUTA DE UN ACTO O CONTRATO

Alcance del poder del Juez para declararla de oficio. Constitución de patrimonio de familia. Certificados contradictorios del Registrador.

Cuando el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 autoriza para declarar de oficio las nulidades absolutas que aparezcan de modo manifiesto en el acto o contrato, le da al Juez una facultad excepcional que rebasa el sistema dispositivo en que está fraguado el procedimiento civil vigente, para adentrarse en el sistema inquisitivo. De esta facultad estricta no puede hacer uso el Juez, sino, cuando la nulidad resulta de la sola lectura del contrato, sin necesidad de acudir a otras pruebas; cuando el acto o contrato ha sido postulado como apoyo de la acción o de la réplica del demandado y, además, cuando figuran como partes en la controversia todas las personas que concurrieron a la celebración del negocio manchado de nulidad absoluta. De lo contrario, si el vicio absoluto no aparece de manifiesto en el acto o contrato, no puede declararse, y el pronunciamiento de la nulidad se subordinaría a lo que habiendo sido pedido, resulte probado; si la nulidad no encuentra apoyo en el petitum de la acción, ni en las defensas de la oposición, excede la relación procesal y la sentencia no podría reconocerla; y si no son parte en la controversia todas las personas que concurrieron a la formación del acto, la nulidad declarada sin la intervención de todos, dejaría sin oportuna defensa a los que estuvieron ausentes del juicio, lo que es contrario al orden público.

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

El Municipio de Tunja por medio de la escritura número 1228 de 27 de diciembre de 1944 vendió a Rafael La Rotta Téllez la casa número 9-54-A del Barrio Popular Modelo de esa ciudad, cuyos linderos se detallan en el numeral segundo de dicha escritura y en la petición primera de la demanda.

En la cláusula décima de ese instrumento se dice que "se entiende constituído, ipso jure sobre el inmueble objeto del presente contrato, un patrimonio de familia a favor de Rafael La Rotta T., Sara Montejo de La Rotta y sus hijos Gustavo, Irma, Gloria y Rafael La Rotta Montejo y demás hijos que haya en el matrimonio de conformidad con el artículo 3º de la Ley 91 de 1936, para lo cual la presente escritura se registrará en el Libro número 1º y en el especial del Registro de patrominio de familia".

Por escritura número 1448, de 20 de septiembre de 1949 Rafael La Rotta Téllez se constituyó deudor de Elvira Riaño Alvarez e hipotecó en su favor el inmueble aludido como garantía de la deuda contraída.

Elvira Riaño Alvarez adelantó juicio especial hipotecario frente a La Rotta Téllez en el cual se verificó el remate del inmueble (2 de diciembre de 1952) que fue adjudicado a Aura Riaño Alvarez y aprobado el 28 de mayo de 1953.

Aura Riaño Alvarez, por escritura número 452 de 29 de abril de 1953, vendió el inmueble a Jorge Sarmiento Buitrago y éste por escritura 1146 de 19 de septiembre de 1953 a Luis Sarmiento Buitrago.

Luis Sarmiento Buitrago, por escritura número 270 de 11 de marzo de 1955 lo transfirió a Rafael Vargas Buitrago y Josefina Murcia de

Vargas. Todas las escrituras referidas están registradas.

EL LITIGIO

Rafael La Rotta T. y Sara Montejo de La Rotta demandaron a Rafael Vargas Buitrago y Josefina Murcia de Vargas, últimos adquirentes y actuales poseedores, para que entreguen dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo respectivo, la casa referida; para que se los condene a pagar el valor de los frutos civiles de conformidad con lo que resulte probado en el juicio o en subsidio que se condene a los demandados a entregar el inmueble y sus accesorios "a la familia del señor Rafael La Rotta T., formada por el mismo Rafael La Rotta Téllez, su esposa Sara Montejo de La Rotta y sus hijos Gustavo, Gloria Inés, Irma Cecilia, Rafael Arcadio y Consuelo La Rotta Montejo". Subsidiariamente a la anterior petición, que la entrega se haga a los beneficiarios Sara Montejo, Gustavo, Gloria Inés, Irma Cecilia, Rafael Arcadio y Consuelo La Rotta Montejo. También en subsidio que se declare que el señor Rafael La Rotta T., es dueño en patrimonio de familia del inmueble citado; que pertenece en dominio y bajo patrimonio de familia a la familia del señor Rafael La Rotta Téllez, su cónyuge y sus hijos. Y por fin, y en subsidio de todos los pedimentos anteriores, que se declare que son dueños del inmueble tantas veces citado, las personas que constituyen la familia de Rafael La Rotta Téllez.

Relatan los hechos lo que en capítulo anterior sobre antecedentes se deja transcrito; pero, de ellos se destacan los dos siguientes:

"3º El inmueble materia de la presente acción reivindicatoria, o de dominio, fue rematado por la señorita Aura Riaño Alvarez en el juicio seguido por Elvira Riaño contra Rafael La Rotta T., de conformidad con el certificado del Registro, sin haberse levantado previamente el patrimonio de familia que pesaba sobre el tantas veces citado inmueble".

"9º Todas las transferencias que se hicieron sobre el inmueble de la presente demanda, se efectuaron sin levantar el patrimonio de familia que sobre él pesaba y pesa, y en consecuencia recayeron sobre objeto que estaba fuera del comercio por ser inembargable e inajenable. De todo esto da cuenta el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que adjunto. Tales actos de transferencia son nulos en forma sustantiva".

La demanda se contestó oponiéndose a las peticiones impetradas; cuanto a los hechos ni se afirmaron ni se negaron, y con relación al título se dice:

"El título de dominio de mi poderdante parte de un remate en juicio especial de venta de bienes hipotecados, que fue hecho con base en un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja, en que no aparece que el inmueble tenga patrimonio de familia no embargable; antes bien, mi poderdante adquirió dicho inmueble porque aparece por dicho certificado, o sea el número 131, de fecha 27 de julio de 1951, complementado con el número 1217 de 8 de octubre de 1954, aparece, repito, que el inmueble no tiene gravámenes y 'no lo afectan contratos sobre patrimonio de familia, ni contratos de mobilización'."

Los demandados denunciaron el pleito a sus antecesores en el dominio del inmueble y el Juzgado dictó sentencia de mérito, favorable a las pretensiones de los demandantes, el 19 de agosto de 1958.

El Tribunal al conocer del negocio por apelación interpuesta por la parte demandada, revocó la de primera instancia y declaró inhibición de conocimiento por falta del "presupuesto procesal de demanda en forma".

Contra esta sentencia, fechada el 15 de abril de 1959, interpusieron recurso de casación los actores del juicio.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal funda su sentencia en razonamientos consignados principalmente en los siguientes apartes:

"En el presente juicio no puede prosperar la acción reivindicatoria sin la declaración de nulidad de alguno de los títulos en que puede fundamentar su oposición el demandado. Sin este pronunciamiento sucede que el título exhibido por el demandante para acreditar su calidad de dueño lo puede exhibir también el demandado por provenir de aquél.

"En virtud de la diligencia de remate que obra a los folios 20, 21 y 22 del cuaderno principal se observa que la señorita Aura Riaño Alvarez remató una finca, la misma que ahora se pretende reivindicar. Así, ella aparece como compradora en venta forzosa; y como vendedor, aunque también en venta forzosa, el ahora demandante Rafael La Rotta Téllez. Quien vende una cosa se desprende de los derechos que sobre

ésta tenga para radicarlos en cabeza del comprador".

El Tribunal analiza el contenido, alcance y poder excepcional concedido por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y después de transcribir jurisprudencias de la Corte al respecto, concluye con que no están reunidos todos los elementos para dar aplicación a esa norma y al respecto asevera:

"¿Y qué sucede en el juicio que ahora examinamos?

"Sencillamente que no se demandó la nulidad del acto constitutivo de la hipoteca referida ni la venta forzosa hecha por el demandante Rafael La Rotta Téllez a la señorita Aura Riaño Alvarez.

"Como ya se dijo, el demandante Rafael La Rotta Téllez aparece como vendedor del bien demandado ahora, venta forzosa, porque fue en virtud de mandato judicial, que hizo a Aura Riaño Alvarez. Y si el bien vendido estaba constituído en patrimonio de familia, tal venta adolece de nulidad, nulidad que, desde luego, repercute en todos los títulos sucesivos de transferencia.

"Pero aquí no se demandó a la parte contratante que debía demandarse, ni se pidió la nulidad del acto contractual. El actor se limitó a pedir dos cosas: o la reivindicación del inmueble o la declaración de propiedad del mismo; pero olvidó la necesidad de quebrantar un título para poder exhibir la prevalencia del que el demandante presentaba. La acción de nulidad se dirige contra quien ha sido *parte* en el acto o contrato afectado de la misma. No se puede enderezar contra terceros poseedores.

"Pero lo que aparece en este juicio es algo muy distinto de la acción de nulidad.

"La interpretación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 no se puede extender hasta considerar que quien pretende reivindicar un bien en virtud de un acto que adolece de nulidad quede dispensado de demandar ésta y de citar en la demanda principal a la otra parte contratante.

"Si bien el título presentado ahora por los demandados Rafael Vargas y Josefina Murcia de Vargas puede conllevar las repercusiones de un defecto que nació en otro título, en el cual no figuraban como partes los ahora demandados, era necesario atacar ese contrato, justamente en el que nació o pudo nacer la nulidad".

Y para concluír que no hubo demanda en forma, dice el Tribunal:

"¿Y qué sucede en el caso de demandar lo consecuencial sin antes demandar lo principal?

"Simplemente que no hay demanda en forma. La jurisprudencia nacional ha estimado que cuando existe un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal. Se entiende que hay demanda en forma cuando se reúnen ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del Código Judicial. Desde luego, los casos de falta de demanda en forma no son taxativos sino que quedan sujetos a la apreciación del funcionario.

"En el caso de autos no se puede cerrar las puertas al actor para iniciar en debida forma una demanda toda vez que la falla anotada no puede incidir en el fondo mismo del negocio".

LA DEMANDA DE CASACION

CARGO UNICO. Lo formula el recurrente "por infracción directa del artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936".

"En el caso que nos ocupa tenemos en que por medio de la escritura número 1228 de 27 de diciembre de 1944, además de venderse a Rafael La Rotta Téllez la casa número 9-54-A del Barrio Popular Modelo, se constituyó sobre el mismo inmueble un patrimonio de familia inembargable a favor de Sara Montejo y sus hijos Gustavo, Gloria, Irma y Rafael La Rotta Montejo; que con posterioridad se hipotecó ese mismo bien y se hicieron una serie de transferencias sin llenar el requisito de levantar la inscripción del patrimonio de familia, lo cual llevó a que todos estos actos adolecieran de una nulidad sustantiva, por cuanto éstos se ejecutaron contra expresa prohibición de la ley. Así el artículo 6º del Código Civil viene a tener cumplida aplicación cuando dice: 'En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa'. Demostrada como está la nulidad existente, desde que se constituyó el título hipotecario, hasta cuando se hizo la venta de Luis Sarmiento Buitrago a favor de Rafael Vargas y Josefina Murcia, trabada la litis, al fallar el Juez tenía que pronunciarse oficiosamente sobre la nulidad como en efecto lo hizo; pero, si el Tribunal revocó la sentencia pre-

cisamente porque el Juez a-quo había declarado la nulidad, con este acto se violó directamente el artículo 1742 del Código Civil, que faculta al Juzgador de primera instancia para pronunciarse, como lo hizo el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja, por lo cual la sentencia acusada debe ser infirmada. La nulidad absoluta, por mandato del ya citado artículo 1742 del Código Civil, debe ser pronunciada de oficio y no se necesita para ello, como es natural, de petición de parte. La Corte en fallo de mayo 7 de 1953, sentó como principio de interpretación las bases que debe tener el juzgador para hacer una declaración de nulidad oficiosa, y fue así como dijo: 'Para que el juzgador de primera instancia, pueda declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato deben recurrir tres requisitos esenciales: a) Debe existir un juicio, que obligue al Juez a dictar sentencia, en la cual puede hacer dicha declaración. En otros términos: es necesario una contradicción legítima; b) En el juicio debe hacerse valer el acto o contrato que esté viciado de nulidad absoluta. Esto porque, de otro modo, el Juez no podría comprobar si el negocio jurídico es nulo; y c) El vicio o defecto que originan la nulidad absoluta debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato''.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Cuando el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 autoriza para declarar de oficio las nulidades absolutas que aparezcan de modo manifiesto en el acto o contrato, le da al Juez una facultad excepcional que rebasa el sistema dispositivo en que está fraguado el procedimiento civil vigente, para adentrarse en el sistema inquisitivo. De esta facultad estricta no puede hacer uso el Juez, sino, cuando la nulidad resulta de la sola lectura del contrato, sin necesidad de acudir a otras pruebas; cuando el acto o contrato ha sido postulado como apoyo de la acción o de la réplica del demandado y, además, cuando figuran como partes en la controversia todas las personas que concurrieron a la celebración del negocio manchado de nulidad absoluta. De lo contrario, si el vicio absoluto no aparece de manifiesto en el acto o contrato, no puede declararse, y el pronunciamiento de la nulidad se subordinaría a lo que habiendo sido pedido, resulte probado; si la nulidad no encuentra apoyo en el petitum de la acción, ni en las defensas de la oposición, excede la relación procesal y la sentencia no podría reconocerla; y si no son parte en la controversia todas las personas que concurrieron a la formación del acto, la nulidad declarada sin la intervención de todos, dejaría sin oportuna defensa a los que estuvieron ausentes del juicio, lo que es contrario al orden público.

2ª Según pruebas que aparecen en este expediente, al juicio especial hipotecario que culminó con el remate y adjudicación del inmueble que garantizó la deuda, se llevó como título la escritura número 1448 de 20 de septiembre de 1949 y, en cumplimiento del artículo 1189 del Código Judicial, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, de 26 de julio de 1951. Ni del título de hipoteca, ni del certificado aludidos, aparece que el inmueble vendido en pública subasta estuviera constituído en patrimonio de familia. Así que el juicio especial hipotecario se adelantó con adecuada validez extrínseca. Todavía, en certificado del Registrador de 8 de octubre de 1954, se leę:

''Que revisados los correspondientes Libros de la oficina, conforme a sus índices, a los cuales me remito, desde el día 26 de julio de 1951 a esta fecha, la finca a la cual se refiere el certificado que se amplía de propiedad hoy del doctor Luis Sarmiento Buitrago, no ha sido enajenado por dicho señor a ninguna persona, se halla libre de embargos, demandas civiles, hipotecas, arrendamientos o anticresis otorgados por escritura pública, no la afectan contratos sobre Patrimonio de Familia, ni contratos de Mobilización'', lo cual no obsta para que al presente juicio ordinario se haya traído un certificado del mismo Registrador en que se dice:

''Que con fecha 4 de abril de 1945, bajo la partida número 19, folio 21 vlt, del libro de Patrimonio de Familia se halla registrada la escritura número 1228, de veintisiete de diciembre de 1944, de la Notaría Primera de Tunja, por medio de la cual el señor Rafael La Rotta Téllez constituyó patrimonio de familia en favor de su esposa, señora Sara Montejo de La Rotta y sus hijos Gustavo, Irma, Gloria y Rafael La Rotta Montejo, y demás hijos que haya en el matrimonio''.

''.....''

''Dichos gravámenes, junto con el PATRIMONIO DE FAMILIA, se hallan SIN CANCELAR''.

Resulta de lo dicho que los certificados referidos son contradictorios entre sí. Frente a ellos no tenía posibilidad el fallador para declarar la nulidad que, como poder excepcional, consagra el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, cuya

exigencia paladina es la de que la nulidad aparezca de manifiesto, es decir, que resulte de la simple lectura del contrato; y no se pidió en la demanda, ni en las contestaciones, que se resolviera sobre nulidad; ni en el juicio figuran todas las personas que contribuyeron a producirla, pues, faltaría por demandar de la acreedora hipotecaria en adelante, a los sucesivos compradores, lo cual, destaca que no incurrió el Tribunal en el error que se le atribuye y, en consecuencia, que el cargo no es fundado.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, de quince de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, en el presente juicio ordinario de Rafael La Rotta Téllez y otro contra Rafael Vargas Buitrago y otro.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPRESENTACION JUDICIAL

Depende de que se formalice por escritura pública o por memorial presentado en debida forma, pero no directamente del auto en que el Juez la admite.

No se actúa válidamente cuando en los términos de la ley es ilegítima la personería de cualquiera de las partes o de su apoderado o representante (2º, 448, C. J.).

La ausencia de capacidad para ser parte o de capacidad procesal, según las hipótesis, impide el nacimiento del vínculo que la sentencia de mérito está llamada a desatar. Mas si se trata de la procuración judicial y aparece de autos el poder conferido en debida forma a persona apta para ejercerla en nombre de parte, están cumplidos los requerimientos para legitimar en el proceso la representación confiada al mandatario, aunque éste no la haya aceptado expresamente (2º, 450, C. J.); y con mayor razón, aunque el Juez no la haya admitido todavía por medio de la providencia que el artículo 258 señala.

Es notorio que el título de representación judicial en el apoderado, arranca de que se formalice por escritura pública o por memorial presentado personalmente, pero no del auto en que el Juez admite la dicha representación, desde luego que para reconocerla debe previamente existir por voluntad solemne de quien la otorga.

El papel del Juez se limita entonces a verificar si el poder se encuentra bien conferido a quien pueda ejercerlo y si ha sido presentado en forma legal. Pero la válida actuación del procurador judicial no depende del auto del Juez, sino precisamente de que el poder se haya otorgado en debida forma, lo cual en su oportunidad puede discutirse por las partes, aunque el Juez dicte providencia que admita al apoderado.

Es lo que claramente se desprende de la naturaleza de la representación judicial voluntaria y del régimen estricto de las nulidades, que no permite predicarlas sino en garantía del derecho de defensa ante Juez competente.

Por modo que si quien invoca la nulidad por falta de personero, lo tenía legalmente acreditado en juicio para atender a sus intereses, no es oído por la causal 2ª del artículo 448 del Código Judicial, sencillamente porque no era ilegítima la personería de quien ya figuraba como su apoderado en el juicio, con capacidad procesal plena para representar en nombre de su poderdante, aunque todavía no se hubiera dictado el auto que admitiera tal representación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, catorce (14) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

En el presente juicio sucesorio de Sergio Venancio Cleves Ricaurte, abierto y tramitado por ante el Juez Civil del Circuito del Guamo, aparece que por auto del 6 de julio de 1960 se dispuso correr traslado por diez días del trabajo de partición de bienes; que al día siguiente, 7 de julio, un nuevo personero de la cónyuge sobreviviente Natividad Arias de Cleves presentó el poder que tenía recibido desde el 21 de junio anterior; que el término del traslado empezó a transcurrir el 9 y venció el 22 de dicho mes de julio sin ninguna observación, por lo que el Juez del conocimiento dictó sentencia aprobatoria el 23 de los mismos mes y año, providencia en la que a la vez admitió la representación del apoderado de Natividad.

Por memorial de 4 de agosto de 1960, presentado al juicio en esa fecha, la cónyuge Arias

de Cleves constituyó otro apoderado, con cláusula revocatoria de los poderes conferidos con anterioridad. Ese último personero introdujo el recurso de alzada contra la sentencia aprobatoria de la partición de bienes, y se apoyó en nulidad de lo actuado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 9 de noviembre de 1960, confirmó la sentencia de aprobación, y ha llegado la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto y sustentado por el mismo personero de la cónyuge sobreviviente.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Sobre la sujeta materia del recurso conviene transcribir los sigientes pasos de la motivación expuesta por el sentenciador:

"La otra nulidad alegada la quiere hacer consistir el apoderado de la señora viuda de Cleves, en que ella no fue debidamente representada en el juicio. Pero acontece que, la expresada señora designó como su procurador judicial para ese sucesorio al doctor ... quien la hizo reconocer como interesada en el juicio y siguió con esa representación no revocada, hasta el momento en que fue reemplazado por el doctor ... No hay constancia de revocatoria de mandato judicial anterior.

"Y aún más, el Juzgado ordenó el traslado de la partición por auto de 6 de julio de 1960, f. 124 v., y ese traslado de diez días empezó a correr el 9 de los mismos mes y año y venció el 22 del aludido mes de julio último, según las constancias dejadas por el Secretario del Juzgado al folio 124 vuelto de este cuaderno.

"Entre tanto, aconteció que la señora Natividad Arias v. de Cleves, confirió poder al doctor ..., el 21 de junio pasado, vale decir antes de que hubiera comenzado a correr el término de diez días del traslado de la partición a los interesados en el juicio, y el 7 de julio el apoderado doctor ... presentó ese poder que ya estaba autenticado ante el Juzgado y que por consiguiente le servía para actuar en defensa de los intereses de su mandante, con sólo una solicitud de que le fuera reconocida la personería. Cierto que esa personería no le vino a ser reconocida en el juicio sino en la providencia que aprobó la partición, pero este hecho no le impedía en manera alguna objetar esa partición o hacer cualquier pedimento al respecto, antes de que precluyera el término del traslado de esa partición. Como queda advertido, ese apoderado habría podido indudablemente, intervenir inmediatamente después de que el poder especial para el juicio fue autenticado, presentándolo al juicio junto con su pertinente alegación.

"Ese poder reposó en poder del mandatario judicial desde el 21 de junio hasta el 7 de julio de 1960. Si pues en el desempeño de su cargo hubiera considerado conveniente objetar la partición presentada el 6 de julio, y cuyo traslado comenzó el 9 de ese mismo mes, para nada tenía que esperar a que fuera primero y expresamente reconocido como tal, pudiendo actuar por razón del poder que ya había entregado al Juzgado. Tanto el memorialista como el doctor ..., tiene exacto convencimiento de que esto es en la forma aquí expresada".

LA IMPUGNACION

El libelo aduce la causal 6ª "por haberse incurrido dentro del proceso en la causal 2ª de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial".

"Baso mi petición —expresa— en el hecho de que mi mandante careció de personería para objetar la partición dentro del término a que hace referencia el artículo 964 del Código Judicial, que es la única oportunidad que se ofrece a los partícipes dentro del juicio para fiscalizar y controlar la legalidad de las adjudicaciones. Ello se debió a que el apoderado doctor ..., designado por la señora viuda de Cleves, para que la representara dentro del juicio y cuyo poder le fue otorgado el 21 de junio de 1960, habiendo solicitado, en memorial que obra a folio 125 el reconocimiento de su personería el día 7 de julio de ese mismo año, dos días antes de comenzar a correr el término del traslado de la partición; a pesar de la disposición contenida en el artículo 258 del Código Judicial, el funcionario del conocimiento no lo hizo, y solamente después de transcurrido dicho término, en la propia sentencia aprobatoria de la partición admitió tal representación. Y no se diga que mi mandante aún tenía su representante ya que le había revocado expresamente el mandato a su anterior apoderado, por cuanto el mandato judicial, que no es sino una especie de mandato civil con algunas modificaciones como las contempladas en los artículos 264, 265 del Código Judicial en cuanto a su terminación es preciso tener en cuenta el artículo 2189 del Código Civil, que entre las causales de terminación contempla la revocación del mandante, y esta pue-

de ser expresa o tácita, lo cual tiene ocurrencia cuando se constituye un nuevo apoderado".

Cita comentadores y después continúa:

"Lo anterior significa que cuando se corrió traslado del trabajo de partición a los interesados dentro del juicio, con el fin de que quienes no estuvieron (sic) de acuerdo con él objetasen, mi mandante quien había revocado tácitamente el poder a su primitivo mandatario, carèció de personería para actuar, ya que el primer mandato se había extinguido y al segundo no se le había reconocido la personería, por medio de auto interlocutorio; y por consiguiente, no se le dio oportunidad procesal para fiscalizar la referida cuenta, que lesionaba en forma grave su patrimonio. Al aprobar dicho trabajo sin dar oportunidad para que mi cliente pudiera ejercitar el derecho de defensa, se cometió una falta que implica el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio...".

CONSIDERA LA CORTE:

1. No se actúa válidamente cuando en los términos de la ley es ilegítima la personería de cualquiera de las partes o de su apoderado o representante. (2º, 448, C. J.).

La ausencia de capacidad para ser parte o de capacidad procesal, según las hipótesis, impide el nacimiento del vínculo que la sentencia de mérito está llamada a desatar. Mas si se trata de la procuración judicial y aparece de autos el poder conferido en debida forma a persona apta para ejercerla en nombre de parte, están cumplidos los requerimientos para legitimar en el proceso la representación confiada al mandatario, aunque éste no la haya aceptado expresamente (2º, 450, C. J.); y con mayor razón, aunque el Juez no la haya admitido todavía por medio de la providencia que el artículo 258 señala.

2. Es notorio que el título de representación judicial en el apoderado, arranca de que se formalice por escritura pública o por memorial presentado personalmente, pero no del auto en que el Juez admite la dicha representación, desde luego que para reconocerla debe previamente existir por voluntad solemne de quien la otorga.

El papel del Juez se limita entonces a verificar si el poder se encuentra bien conferido a quien pueda ejercerlo y si ha sido presentado en forma legal. Pero la válida actuación del procurador judicial no depende del auto del juez, sino precisamente de que el poder se haya otorgado en debida forma, lo cual en su oportunidad puede discutirse por las partes, aunque el Juez dicte providencia que admita al apoderado.

3. Es lo que claramente se desprende de la naturaleza de la representación judicial voluntaria y del régimen estricto de las nulidades, que no permite predicarlas sino en garantía del derecho de defensa ante juez competente.

Por modo que si quien invoca la nulidad por falta de personero, lo tenía legalmente acreditado en juicio para atender a sus intereses, no es oído por la causal 2ª del artículo 448 del Código Judicial, sencillamente porque no era legítima la personería de quien ya figuraba como su apoderado en el juicio, con capacidad procesal plena para representar en nombre de su poderdante, aunque todavía no se hubiera dictado el auto que admitiera tal representación.

4. Así, si en el caso de autos, por memorial presentado en debida forma, Natividad Arias de Cleves confirió poder a un abogado inscrito para que la representara en el juicio sucesorio de Sergio Venancio Cleves Ricaurte, no hay duda de que por virtud del poder el apoderado tuvo desde entonces capacidad procesal para actuar válidamente y, por ello, para objetar o no objetar la partición de bienes durante el término del respectivo traslado. Si lo pasó en silencio, la circunstancia de que todavía no se hubiera dictado la providencia admisoria, que vino después, en modo alguno puede equipararse a la hipótesis contraria de que las objeciones que hubiese hecho el apoderado no recibieran curso por faltar el referido auto admisorio del poder, lo que sí admitiría censura, pero tampoco por la causal 6ª de casación.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 9 de noviembre de 1960 proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. FACTORES QUE LO CONFIGURAN.

Violación indirecta de la ley. Nociones primordiales en punto a acusación por este extremo.

1. Conviene una vez más insistir, aunque sea someramente, acerca de algunas de las nociones primordiales en punto a acusación por violación indirecta de la ley sustantiva, esfera en que se exige al impugnante alegar y demostrar el preciso error de estimación probatoria a través del cual haya el sentenciador llegado al quebranto que del derecho sustancial se le imputa.

Si de error evidente de hecho se tratare, no hay que olvidar que éste consiste, ya en que el sentenciador ignore una prueba existente en el juicio, ya en que suponga una que no existe, de donde resulte: si lo primero, el desconocimiento de un hecho formalmente establecido; si lo segundo, la admisión de un hecho sin fundamento alguno.

Y el error será de derecho, cuando, sobre la base de haber sido considerada fielmente una prueba en su objetividad o presencia procesal, el juzgador le desconoce el valor demostrativo que tiene según la ley o bien le asigna el que ésta le niega.

De lo que se deduce no ser dable, en principio, la acusación por error de hecho y de derecho simultáneos en la apreciación de una misma entidad probatoria, pues se descarta el de derecho si ocurre el de hecho, que por sí solo arruina el tratamiento de la prueba, impidiendo que lo objetivamente erróneo sea ponderado en la balanza de los méritos legales.

2. A términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la conjunción de dos factores elementales, a saber: que el hecho que lo materializa sea imprevisible, esto es que, dentro de los cálculos ordinarios o circunstancias normales de la vida, no haya sido posible al agente o deudor contemplar por anticipado su ocurrencia; y que sea irresistible o sea que no haya éste podido sobreponerse al mismo, para evitar sus consecuencias o dar cumplimiento a la obligación; de todo lo cual resulta que el acontecimiento no ha de ser imputable a culpa del deudor o agente, pues, como lo enseñan autorizados tratadistas, "existe fuerza mayor o caso fortuito cuando el incumplimiento no es imputable a una culpa del deudor. Y la culpa del deudor consiste, sea en que el obstáculo es previsible y no ha adoptado alguna medida para evitarlo, sea que, al tiempo en que se presenta el obstáculo, sin que haya debido preverse, no se haga todo lo necesario para evadirlo" (Planiol y Ripert con Esmein, VI, 382, pág. 537, traducción de Díaz Cruz). Es así obvio el artículo 1604 del Código Civil cuando dispone que "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituído en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

Viene aquí a propósito el concepto del civilista Claro Solar (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, XI, 1080, págs. 538 y 539), quien luego de decir que "el fundamento de la exención de responsabilidad del deudor procedente del caso fortuito está en que 'a lo imposible nadie está obligado'," agrega que "el artículo 681 (751 del Código Civil Colombiano) aplica este principio al expresar que 'se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario', es decir una orden de embargo o de retención de la autoridad competente, un hecho del príncipe que constituye una fuerza mayor que el deudor no puede evitar...". Lo que para tener efecto exonerativo, supone, desde luego, que tal acto de autoridad o hecho del príncipe

no haya sido determinado por culpa del deudor, ni podido éste preverlo dentro de lo normal u ordinario.

Correspondiendo al sentenciador de instancia, en uso de la facultad discrecional que le compete respecto de la apreciación de las cuestiones de hecho, reconocer y verificar los elementos objetivamente constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito, mediante la debida ponderación de los elementos probatorios de la causa, no puede la Corte rectificar esa apreciación, mientras no resulte convicta de error de hecho evidente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, con fecha 15 de septiembre de 1959, en el juicio ordinario seguido por Euclides Ariza contra Roque Julio Díaz C.

I

ANTECEDENTES

Refieren los autos:

Que, mediante documento privado suscrito en Vélez el 3 de marzo de 1956, Roque Julio Díaz y Euclides Ariza celebraron una promesa de contrato, según la cual el primero se obligó a vender al segundo, "con todas las formalidades legales", y éste a comprar a aquél, una casa de habitación ubicada en el área urbana de la mencionada ciudad, determinada por los linderos allí expresados, habiéndose estipulado al efecto lo siguiente: Que el precio de la prometida venta sería el de $ 13.000.00, de los cuales Ariza pagó $ 5.000.00 en el día de la promesa, obligándose a satisfacer $ 4.000.00 tres meses después y el resto o sea $ 4.000.00 al vencimiento de seis meses contados desde la misma fecha de la promesa, fecha esta desde la cual Díaz entregaría materialmente a Ariza "la casa con su correspondiente solar y asiento anexos"; y en las cláusulas que del sobredicho documento se transcriben a continuación se dijo:

"Cuarto. Que el cumplimiento de esta promesa de venta se hará en una de las Notarías de este Circuito, el día en que se cumplan los seis meses concedidos para el pago del precio restante, y para entonces el promitente vendedor hará entrega del certificado de libertad de la finca materia de esta promesa.

Quinto. Que el inmueble prometido en venta se halla libre de todo gravamen limitativo de los derechos que se prometen vender.

Sexto. Que si los firmantes de este documento no cumplieren o se pusieren en mora de cumplir alguna de las obligaciones que aquí contraen, pagarán por vía de multa o pena la suma de cinco mil pesos moneda corriente, sin perjuicio de que por separado les sea exigido el cumplimiento de la obligación principal";

Que, con fecha 26 de mayo de 1956, Ariza cubrió a Díaz la cantidad de $ 4.000.00, valor de la segunda cuota del precio; y

Que, el 3 de septiembre del mismo año, en que debía solemnizarse la compraventa prometida, Díaz y Ariza se presentaron en las Notarías 1ª y 2ª de Vélez con el fin de proceder al otorgamiento de la respectiva escritura pública, pero que el segundo "no recibió la referida escritura por aparecer en el certificado de libertad de la finca materia de la venta, la constancia de una demanda inscrita sobre el inmueble en referencia" (fl. 3. c. 1º).

Del certificado sobre propiedad y situación de libertad de la finca, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Vélez, con fecha 4 de agosto de 1956, presentado por el demandado Díaz y que forma el folio 2 del cuaderno de pruebas del mismo en primer grado, aparece que éste la compró a Elías Betancourt por escritura número 4069 de 26 de junio de 1953, de la Notaría 2ª de Bogotá; que Betancourt la adquirió por compra a José Demetrio Valbuena mediante la escritura número 738 de 6 de febrero de 1952, de la misma Notaría; y que Valbuena la hubo por adjudicación que se le hizo en el juicio de triple sucesión de Hernán y Encarnación Cortés y María Elisa de Cortés, registrada el 16 de octubre de 1948; y termina tal certificación, diciendo:

"Tercero. Que no se encontró constancia de que la posesión inscrita a favor del citado Roque Julio Díaz, en contacto con la casa y solar ubicados y alinderados como se dijo en el punto primero de esta certificación, haya sido cancelada por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 789 del Código Civil. Que tam-

poco se encontró constancia de que el citado Roque Julio Díaz, ni los antecesores en el dominio del inmueble, lo tengan gravado con hipotecas, censos, anticresis, condiciones resolutorias del dominio, ni limitaciones del mismo, ni que tenga embargo judicial pendiente, examen que se remontó a un período de más de treinta años, pero respecto de DEMANDAS está vigente la inscripción que se hizo el 27 de junio último en el Libro respectivo, por orden del Juzgado 2º Civil del Circuito de Vélez, en la demanda propuesta en dicho Juzgado por los señores Luis Eduardo y Hernán Cortés contra Roque Julio Díaz y otros. Que fuera de esta demanda no se encontró ninguna otra que afecta el inmueble en referencia".

El atestado del Registrador acerca de la inscripción de tal demanda, se encuentra confirmado por la certificación especial expedida por el mismo funcionario, que obra a los folios 5 vuelto y 6 del cuaderno de pruebas del actor en la primera instancia.

II

EL LITIGIO

Con estos antecedentes, en que se estructura la *causa petendi* de la acción que se verá al punto, y alegando que "el señor Roque Julio Díaz incumplió el contrato e incurrió en mora y, por tanto, quedó bajo la sanción acordada en la cláusula sexta, ya transcrita" (hecho g.), Euclides Ariza llamólo a juicio ordinario, para que por sentencia definitiva se decida: 1º Que el demandado "incumplió el contrato de promesa de venta" en referencia; 2º que queda resuelto, por tal causa, el mismo contrato; 3º que, como efecto de tal resolución, Díaz está obligado a restituír a Ariza "la suma de nueve mil pesos ($ 9.000.00) con los intereses legales correspondientes a partir de la fecha en que fueron recibidas las cantidades"; 4º que, en consecuencia del incumplimiento de Díaz, éste está obligado a pagar al actor la cantidad de $ 5.000.00, como valor de la pena estipulada en la cláusula sexta de la promesa; y 5º que, si el demandado se opone, sea condenado en las costas del juicio.

Sin contestación del libelo, surtiose la primera instancia, en cuya etapa discusoria el demandado alegó la excepción de fuerza mayor, fundándola en el hecho de la inscripción de la demanda a que se refieren los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos, ya mencionados.

El Juez del Circuito desató la litis mediante pronunciamiento en que se decide:

"1º Declarar resuelto el contrato de promesa de venta contenido en el documento de tres (3) de marzo de mil novecientos cincuenta y seis (1956) celebrado entre los señores Roque Julio Díaz Calderón y Euclides Ariza.

"2º Declarar legalmente probada la 'EXCEPCION PERENTORIA' de 'FUERZA MAYOR' o 'CASO FORTUITO' propuesta por el apoderado de la parte demandada en el alegato de conclusión y alegada en tiempo oportuno.

"3º Como consecuencia de esto, absolver al demandado Roque Julio Díaz Calderón de las peticiones primera, cuarta y quinta formuladas en el libelo de la demanda.

"4º Condenar al demandado Roque Julio Díaz Calderón, a la devolución en favor del demandante Euclides Ariza, de la suma de nueve mil pesos ($ 9.000.00) moneda legal, que tiene recibidos a buena cuenta del contrato de mención, a excepción de los intereses que dicha suma de dinero hubiera podido devengar.

"5º Condenar al demandante Euclides Ariza a devolver la posesión material del inmueble prometido en venta, a favor de su propietario señor Roque Julio Díaz Calderón.

"6º No hay condenación en costas".

Por alzada del actor, abriose el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior de fecha 15 de septiembre de 1959, por la cual se CONFIRMA la del inferior y se condena en las costas de la segunda instancia al demandante.

Interpuesto por éste el recurso de casación, procede la Corte a su despacho.

III

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, luego de discurrir acerca de las nociones de fuerza mayor y caso fortuito y sobre los varios aspectos del asunto *sub judice*, procede al siguiente razonamiento, en el que ciertamente descansa su decisión:

"La solución del problema a que se contrae en el Tribunal el presente juicio dependerá de la respuesta que se dé a este interrogante:

"¿El hecho de haberse registrado una demanda en la que figura como demandado Roque Julio Díaz, también demandado en el presente juicio como promitente vendedor, constituyó un

caso fortuito o fuerza mayor que ha imposibilitado a Díaz para cumplir la obligación de hacerle a Euclides Ariza la tradición legal válida de la casa que le prometió vender, siendo así que la inscripción de aquella demanda en el Registro comprende el inmueble prometido en venta?...

"Para el Tribunal el cumplimiento (sic) de la obligación del demandado en este juicio obedeció exclusivamente a la inscripción de la aludida demanda en el Registro, hecho que Roque Julio Díaz no pudo prever y que lo imposibilitó para hacer en favor del demandante la tradición válida en la forma y tiempo como se convino entre los contratantes. El registro de la demanda, proveniente de una orden judicial, tiene pues los caracteres de ser imprevisible e irresistible para Roque Julio Díaz: lo primero porque se trataba de un hecho de carácter excepcional que Díaz no estaba obligado a prever humana y normalmente, ya que se supone que había adquirido el inmueble del legítimo dueño, libre de pleitos, gravámenes y de buena fe, y con esa creencia firme lo prometió en venta; y lo segundo, porque habiendo sobrevenido con posterioridad a la promesa de contrato, sin su culpa, el aludido registro de la demanda sobre el inmueble, quedó imposibilitado en forma completa para cumplir su obligación de transferir un bien 'saneado', como necesariamente tuvo que ser su compromiso con el demandante. Ocurrió aquí un verdadero caso fortuito o fuerza mayor en el sentido legal, que viene siendo la causa exclusiva y única para que Roque Julio Díaz no haya verificado la tradición jurídica válida del bien que prometió en venta al actor, y en la ocurrencia de ese hecho no puede imputársele a aquél, porque no hay prueba al respecto, culpabilidad, negligencia o imprudencia alguna.

"Relacionando ahora la anterior conclusión con el inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil, según el cual 'la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios', se deduce también que Roque Julio Díaz no debe en este caso reparación ninguna a Euclides Ariza, así sea ella la contenida en la cláusula penal y que por tal concepto estipularon anticipadamente las partes de este juicio en el precontrato de que da cuenta el documento acompañado a la demanda".

IV

LA ACUSACION

Basándose en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, formula el recurrente cuatro cargos "por infracción indirecta", así de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1546, 1592, 1594, 1595, 1599, 1602, 1604 y 1608 del Código Civil, que —dice— no aplicó el Tribunal, como de los artículos 1º de la Ley 95 de 1890, 89 de la Ley 153 de 1887 y 1595 y 1616 del Código Civil, que —estima— fueron aplicados indebidamente.

Añade que "esta violación indirecta se debe a la apreciación errónea y a la falta de apreciación" de ciertas pruebas, "por lo cual incurrió el Tribunal en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos"; y al efecto alega que el sentenciador "apreció erradamente" el contrato de promesa de compraventa, las constancias notariales del mismo documento, el certificado del registrador y las posiciones del demandado, no dándoles a tales pruebas el valor que legalmente tienen.

Procediendo a la singularización de las tachas, desenvuelve los argumentos de que respectivamente se toma lo sustancial, a saber:

Primer cargo. *El Tribunal apreció erradamente el contrato de promesa de compraventa.*

Luego de transcribir las cláusulas cuarta, quinta y sexta del referido contrato y el concepto del juzgador de que "el promitente vendedor de un bien raíz, para cumplir el contrato, no puede limitarse a otorgar al promitente comprador la escritura pública correspondiente, *sino que tiene también el deber de estar en condiciones de hacerle la tradición jurídica del inmueble, mediante el registro del instrumento en la oficina respectiva,* obligación que implica una transferencia válida y sobre un bien 'saneado', según la expresión corriente, o sea, libre de pleitos, de gravámenes, etc., si se tiene en cuenta los principios de buena fe que deben presidir todos los contratos...", arguye el impugnante que "se fue el Tribunal por la pendiente del error, en el cual incurrió al estimar que el promitente vendedor había cumplido su obligación", siendo así que la obligación del demandado consistía en entregar el día de la firma de la escritura, seis meses después de firmada la promesa, "el certificado de libertad de la finca materia de esta promesa" como reza el documento, o en hallarse "en condiciones de hacerle (al promitente comprador) la

tradición jurídica del inmueble mediante el registro del instrumento en la oficina respectiva''. ''Porque este documento, que es privado pero reconocido con las formalidades legales, tiene el mérito de plena prueba, al tenor de los artículos 1761 del Código Civil y 637 del Código Judicial, preceptos que violó el Tribunal directamente al no atender sus voces, e indirectamente los citados con anterioridad...''.

Segundo cargo. *El Tribunal apreció erradamente las constancias* del mismo documento de promesa de venta.

Después de copiar la certificación de fecha 3 de septiembre de 1956, expedida por los notarios 1º y 2º del Circuito de Vélez y agregada al documento promisorio, según la cual, habiéndose hecho presente en aquellas oficinas el señor Euclides Ariza, con el fin de recibir del señor Roque Julio Díaz Calderón la escritura de venta de una casa, según promesa suscrita en Vélez el 3 de marzo de 1956, ''no recibió la referida escritura por aparecer en el certificado de libertad de la finca materia de la venta la constancia de una demanda inscrita sobre el inmueble en referencia'', el recurrente, refiriéndose al concepto del Tribunal de ser la ocurrencia del registro de tal demanda un hecho ''imprevisible e irresistible para Roque Julio Díaz'', alega así: ''Este es un error del Tribunal, porque esta constancia ofrece el mérito de plena prueba, según el artículo 632 del Código Judicial y acredita a plenitud que el demandado no cumplió su obligación de hacer 'entrega del certificado de libertad de la finca materia de esta promesa', como dice el contrato de promesa de venta tantas veces aludido (f. 2 del c. 1º). El señor Ariza se presentó a las Notarías de Vélez, listo a pagar el resto del precio, pero no pudo aceptar la escritura, por no incurrir en un hecho perfectamente ilícito, cual era el de comprar un inmueble que estaba fuera del comercio (artículo 1521, ords. 1º y 4º, del c. c.). Con este error quebrantó el Tribunal indirectamente los artículos citados anteriormente...''.

Tercer cargo. *El Tribunal apreció erradamente el certificado del Registrador presentado por el demandado.*

Como punto mal estimado de tal documento, se señala el que versa sobre la vigencia de la inscripción que con fecha 27 de junio de 1956 se hizo, de la demanda propuesta ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Vélez por los señores Luis Eduardo y Hernán Cortés contra Roque Julio Díaz y otros, certificación confirmada con la que presentó el demandante Ariza.

Y trayendo a cuento el pasaje de la sentencia en donde se dice que ''Para el Tribunal, el incumplimiento de la obligación del demandado en este juicio obedeció exclusivamente a la inscripción de la aludida demanda en el registro, hecho que Roque Julio Díaz no pudo prever y que lo imposibilitó para hacer en favor del demandante la tradición válida en la forma y tiempo como se convino entre los contratantes''; y que ''el registro de la demanda... tiene, pues, los caracteres de ser imprevisible e irresistible para Roque Julio Díaz'', quien ''no estaba obligado a prever humana y normalmente'' dicho registro, discurre la censura así:

''Error de hecho, determinante de la sentencia, pero error grave y que aparece de modo manifiesto en los autos, porque un certificado ofrece el mérito de plena prueba, según los artículos 2673 a 2675 del Código Civil y 632 del Código Judicial''; y según este certificado, ''más de dos meses antes —repito— del día señalado para extender la escritura de compraventa de la casa o inmueble prometido en venta supo el promitente vendedor que no estaba libre... Como el certificado tiene fecha de expedición de 4 de agosto de 1956, hay que admitir que al menos en ese día, anterior en un mes a la fecha en que debía presentar el certificado de libertad, *sabía el demandado que su finca no estaba libre y que no podía entregar el certificado de libertad,* ni hacer la legítima tradición del inmueble por la inscripción en el registro de instrumentos públicos. Y, sin embargo, nada hizo para remediar el inconveniente. ¿Cómo admitir la fuerza mayor o el caso fortuito en el promitente vendedor, ni cómo admitir su buena fe, si mediando todo ese tiempo antes del cumplimiento de la promesa, nada hizo para cumplir lo convenido?''.

Finalmente, después de referirse a algunos pasajes de Planiol y Ripert (Tratado Práctico), acerca de que la fuerza mayor o caso fortuito supone que el incumplimiento no sea imputable a culpa del deudor, quien debe hacer cuanto le sea posible para evitar el impedimento, insiste el acusador en que el reo de este juicio ''no hizo lo necesario, ni hizo nada, para cumplir su compromiso... en momento alguno tomó medidas para remover el obstáculo al cumplimiento de su deber contractual''.

Cuarto cargo. *El Tribunal apreció erradamente las posiciones del demandado,* pues no les dio el valor legal que tienen.

En este punto, comienza el recurrente por considerar que el demandado aceptó, en las posiciones que rindió extrajudicialmente, haber celebrado el referido contrato de promesa de venta, recibido $ 9.000.00 a buena cuenta del valor de la casa y "no haber otorgado la escritura, porque el señor Ariza 'se negó a aceptarla' o 'se negó a recibir' por razones que desconozco y que, en todo caso, no me son imputables"; que el mismo demandado, en las posiciones que rindió dentro del juicio, luego de confesar haber celebrado la susodicha promesa de venta, declaró, en relación con el certificado del registrador, que "de certificado no hablamos nada, yo tenía mis papeles" y que no es cierto que no hubiera podido entregarle el certificado de la casa materia de la promesa pues "'el día del otorgamiento de la escritura yo tenía listos todos mis papeles y el señor Ariza no quiso recibirla'"; y que, respecto de la pregunta de si por estar la casa fuera del comercio no había podido otorgar la escritura, contestó: "No es cierto, yo estuve listo a hacerle la escritura como consta del certificado de los Notarios de Vélez; el señor Ariza fue quien no estuvo listo y no quiso aceptar la escritura ni puso de presente el dinero que debía entregar ese día".

Hace luego un comentario para sugerir que el deponente "llegó hasta los linderos del delito afirmando falsamente en acto oficial hechos respecto de los cuales la declaración ha servido de prueba", es a saber: "que no habían hablado, al hacer la promesa de venta, de la entrega del certificado del registrador"; que "el señor Díaz Calderón tenía el día que debía firmarse la escritura listos 'sus papeles'"; y que "fue el señor Ariza quien no quiso recibir la escritura". Y después de rememorar la doctrina de los artículos 604 y 606 del Código Judicial sobre la prueba de confesión, preguntándose si "¿Incurrió el confesante al afirmar cosas mentirosas en su confesión en error inculpable o explicable, como expresa el citado artículo 606 del Código Judicial?", remata este cargo así:

"Y, sin embargo, el Tribunal, después de decir que según el artículo 1521 del Código Civil, ordinal 4º, un contrato queda afectado de ilicitud cuando se lleva a cabo sobre un bien que está fuera del comercio, nada dice de las posiciones del demandado, ni le sirve de prueba de su mala fe y del incumplimiento culposo del contrato".

Complementa el libelo de casación, con algunos razonamientos adicionales acerca de los preceptos de ley sustancial que citó al principio como indirectamente quebrantados, ya por no haberlos aplicado el sentenciador al caso del pleito, ya por haberlos aplicado indebidamente, deteniéndose en la afirmación de ser inadmisible que el Tribunal "no hubiera considerado como suceso probable el registro de una demanda de miembros de la familia del deudor; y que habiendo sucedido el hecho con bastante anticipación, nada hubiera dicho al acreedor sobre la imposibilidad de cumplimiento de su obligación".

V

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Ante el recurso así propuesto, conviene una vez más insistir, aunque sea someramente, acerca de algunas de las nociones primordiales en punto a acusación por violación indirecta de la ley sustantiva, esfera en que se exige al impugnante alegar y demostrar el preciso error de estimación probatoria a través del cual haya el sentenciador llegado al quebranto que del derecho sustancial se le imputa.

Si de error evidente de hecho se tratare, no hay que olvidar que éste consiste, ya en que el sentenciador ignore una prueba existente en el juicio, ya en que suponga una que no existe, de donde resulte: si lo primero, el desconocimiento de un hecho formalmente establecido; si lo segundo, la admisión de un hecho sin fundamento alguno.

Y el error será de derecho, cuando, sobre la base de haber sido considerada fielmente una prueba en su objetividad o presencia procesal, el juzgador le desconoce el valor demostrativo que tiene según la ley o bien le asigna el que ésta le niega.

De lo que se deduce no ser dable, en principio, la acusación por error de hecho y de derecho simultáneos en la apreciación de una misma entidad probatoria, pues se descarta el de derecho si ocurre el de hecho, que por sí solo arruina el tratamiento de la prueba, impidiendo que lo objetivamente erróneo sea ponderado en la balanza de los méritos legales.

2. En el presente recurso, bien se ve que los cargos planteados por el impugnante contra la apreciación de las pruebas a que él alude, se estructuran por error de hecho implicatorio de desestimación del valor demostrativo que a tales medios asigna la ley, haciendo depender así el error de derecho, del de hecho que se supone

cometido. Pero, por lo que acaba de decirse, ello no es viable.

3. Sin embargo, usando de amplitud, entra la Sala a verificar si existen, sí o no, y en qué especie, los errores que el censor alega. Tarea de que resulta lo siguiente:

Que en ningún momento desconoció el juzgador la existencia en el proceso, del contrato de promesa de compraventa celebrado entre el actor y el reo, ni de la certificación agregada al mismo, expedida por los dos notarios del Circuito de Vélez, ni del certificado del registrador del propio Circuito, ni de las posiciones absueltas por el demandado, aunque de estas últimas no hiciera mención especial, pues lo de ellas resultante como desfavorable al absolvente, probado estaba con los medios anteriormente citados; y

Que en ningún momento la sentencia les hizo decir a esas pruebas lo que ellas no rezan, pues acepta que el demandado se obligó a vender al demandante la finca en los términos que declara el documento de promesa de fecha 3 de marzo de 1956, en donde se manifiesta estar ella a la sazón "'libre de todo gravamen limitativo de los derechos que se promete vender'"; que el primero recibió del segundo $ 9.000.00 a cuenta del precio; y que uno y otro estuvieron en las notarías de Vélez, el 3 de septiembre de 1956, a dar cumplimiento al compromiso, pero que el actor Euclides Ariza no recibió la escritura respectiva por aparecer en el certificado de libertad de la finca, materia de la venta, la constancia de la demanda inscrita el 27 de junio de 1956, o sea que Roque Julio Díaz no pudo cumplir lo prometido por él.

No se encuentran, pues, los errores de hecho alegados. Tampoco los de derecho, porque el sentenciador no rehusó a esas pruebas el valor que les atribuye la ley. Antes bien, se fundó en la trabazón de todas ellas para confirmar el pronunciamiento del juez *a quo*, que, dando por establecidos los hechos cardinales de la acción, halla también demostrado el hecho exceptivo de fuerza mayor o caso fortuito, a virtud del cual se desliga de su compromiso a las partes, ordenándose las mutuas restituciones de lo que se dieron en razón del mismo, pero sin hacer pesar sobre el demandado que no pudo cumplir, las consecuencias de culpa alguna.

4. La sentencia recurrida, en cuanto absuelve a Díaz de sanción por el incumplimiento, descansa en la consideración única de que ello se debió exclusivamente a la incidencia del registro de una demanda, judicialmente ordenado, hecho que, en concepto del Tribunal, "Díaz no estaba obligado a prever humana y normalmente" y que, sobrevenido con posterioridad a la celebración de la promesa, lo dejó "imposibilitado en forma completa para cumplir su obligación de transferir un bien 'saneado'", sin que haya prueba de que esa ocurrencia pudiera imputarse a "culpabilidad, negligencia o imprudencia alguna" de su parte.

5. A términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la conjunción de dos factores elementales, a saber: que el hecho que lo materializa sea *imprevisible,* esto es que, dentro de los cálculos ordinarios o circunstancias normales de la vida, no haya sido posible al agente o deudor contemplar por anticipado su ocurrencia; y que sea *irresistible* o sea que no haya éste podido sobreponerse al mismo, para evitar sus consecuencias o dar cumplimiento a la obligación; de todo lo cual resulta que el acontecimiento no ha de ser imputable a culpa del deudor o agente, pues, como lo enseñan autorizados tratadistas, "existe fuerza mayor o caso fortuito cuando el incumplimiento no es imputable a una culpa del deudor. Y la culpa del deudor consiste, sea en que el obstáculo es previsible y no ha adoptado alguna medida para evitarlo, sea que, al tiempo en que se presenta el obstáculo, sin que haya debido preverse, no se haga todo lo necesario para evadirlo" (Planiol y Ripert con Esmein, VI, 382, pág. 537, traducción de Díaz Cruz). Es así obvio el artículo 1604 del Código Civil cuando dispone que "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituído en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

Viene aquí a propósito el concepto del civilista Claro Solar (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, XI, 1080, págs. 538 y 539), quien luego de decir que "El fundamento de la exención de responsabilidad del deudor procedente del caso fortuito está en que 'a lo imposible nadie está obligado'," agrega que "el artículo 681 (751 del Código Civil colombiano), aplica este principio al expresar que 'se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; *salvo que intervenga decreto judicial en contrario'*, es decir una orden de embargo o de retención de la autoridad competente, un *hecho del príncipe* que constituye una fuerza mayor que el deudor no puede evitar...". Lo

que para tener efecto exonerativo, supone, desde luego, que tal acto de autoridad o *hecho del príncipe* no haya sido determinado por culpa del deudor, ni podido éste preverlo dentro de lo normal u ordinario.

6. En la especie de la litis, el hecho que puso la finca fuera del comercio, consistente en el registro de la demanda interpuesta por terceros, por razón de un acto en que no aparece haber intervenido el demandado Díaz Calderón, registro efectuado por orden judicial con posterioridad a la celebración de la promesa y antes del día en que ésta debía ser satisfecha, y que colocó al mismo demandado en la imposibilidad de cumplir, presenta para el Tribunal los caracteres de imprevisto e irresistible y no imputable al deudor, configurativos de la fuerza mayor o caso fortuito.

7. Correspondiendo al sentenciador de instancia, en uso de la facultad discrecional que le compete respecto de la apreciación de las cuestiones de hecho, reconocer y verificar los elementos objetivamente constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito, mediante la debida ponderación de los elementos probatorios de la causa, no puede la Corte rectificar esa apreciación, mientras no resulte convicta de error de hecho evidente; y como en el caso, no se ha demostrado semejante especie de error, el juicio del Tribunal ha de quedar en pie.

8. Los reparos del impugnante en relación con las falsedades que dice encontrar en la absolución rendida por el demandado de unas posiciones dentro del juicio, no constituyen cargo alguno contra la sentencia acusada, pues ésta en ningún momento se fundó en las respuestas que la censura tilda de falsas. Por lo demás, esas afirmaciones del absolvente sobre no haberse hablado entre los contratantes de certificado, tener él sus papeles listos, haber estado dispuesto a otorgar la escritura y haber sido el actor quien no estuvo listo y no quiso aceptarla, por el carácter equívoco que las mismas tienen y puestas en relación con otros pasos de la misma absolución de posiciones, tales como el del punto primero en que el deponente acepta haber celebrado el contrato de promesa de venta y el del punto cuarto en que acepta que "al tiempo de hacer la escritura apareció que sobre dicha casa había registrada una demanda", en nada podrían por sí mismas perjudicar al demandante, ni alcanzarían a constituír el delito que supone el recurrente y que no pudo ver el juzgador.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha quince (15) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

El juzgador de instancia goza de autonomía para señalar el modo de satisfacer la prestación indemnizatoria. Prueba trasladada. Condiciones para su validez.

1. En tratándose de pruebas trasladadas, la doctrina ha dicho que la aducida en un juicio puede aprovecharse en otro, si en ambos las partes son las mismas, porque no puede sorprenderse a ninguna que no haya sido citada a su aducción o práctica (Sent. abril 23 de 1941. LI. 1971. 428; cas. 8 septiembre de 1942. LIV Bis. 1942. 60; y cas. 12 febrero de 1947. LXI. 2042. 738). Así que la razón por la cual una prueba trasladada no tiene valor, en tratándose de procesos en que uno de los contendientes es otro, es la de que la parte a quien se opone hoy no hubiese podido controvertir su producción en anterior oportunidad. (Cas. 12 de febrero de 1947. LXI. 2042. 738).

Por tanto si la parte fue citada, la prueba se produjo con las garantías procesales que protegen su defensa, y no importa que otro la invoque y aproveche después en distinta litis, si se refiere a una misma causa de daños causados a varias personas, como incendio, naufragio, accidente de tránsito y siniestros en general. Basta, pues, que la parte disfrute de la oportunidad de asistir a la práctica del medio probatorio o de controvertirlo, para que éste aproveche no sólo a quien la solicitó primeramente sino a cuantos deriven sus pretensiones del mismo hecho causante. De lo contrario, la demostración de accidente de numerosas víctimas requeriría tantas pruebas cuantas aquéllas fuesen, sin motivo alguno jurídico que lo justifique, y aparte de la falta de economía procesal que habría en ello.

Lo dicho se aplica igualmente al caso en que la prueba sea pedida y practicada en forma extrajudicial, siempre que la parte contra quien se invoca luego en juicio, haya sido citada en aquella ocasión. El artículo 731 del Código Judicial, al reconocer a la inspección ocular fuera de juicio, pero con citación de la parte contra quien haya de alegarse, valor de plena prueba, está admitiendo ese mismo valor probatorio si se lleva a un proceso en que esa misma parte figure como actor o reo.

2. Las disposiciones sobre alimentos que componen el título 21 del libro primero del Código Civil, no fueron dictadas para determinar la forma de pago de la indemnización de los perjuicios que la culpa aquiliana llegue a causar a quienes por la muerte de una persona se ven privados del beneficio económico que de ésta recibían. Esas disposiciones fueron dictadas para proveer a los deberes que especialmente en el núcleo familiar existen por derecho natural a cargo de sus miembros, en razón de las circunstancias pecuniarias en que pueden hallarse, y no como pautas complementarias del título 34 del libro cuarto del mismo Código, sobre la responsabilidad extracontractual; si bien algunas de sus normas guardan relación con una materia en que se trata de resarcir el daño causado a quienes por razón de los vínculos familiares, tenían el derecho de demandar cuidados de distinta especie, incluída la económica, de los cuales se han visto privados por la culpa o el dolo de terceras personas.

Si el título 34 aludido no trae ninguna regla sobre la forma de pago del resarcimiento que impone la responsabilidad extracontractual, y el título 21 del libro primero, en cuanto prescribe satisfacer mensualmente la pensión fijada por el juez, contempla las cargas alimentarias impuestas por la ley y no las prestaciones por la reparación del daño producido por los delitos y las culpas, no se remite a duda que el juzgador de instancia está en libertad de adoptar la forma de pago que más se avenga a las peculiaridades de cada situación concreta: una

suma global única, o bien una pensión periódica durante un tiempo determinado. Esta facultad discrecional no existe en la legislación laboral colombiana, ya que el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las indemnizaciones sean pagadas de una vez en total, según las reglas allí dadas; al paso que en otras, como la francesa, rige la norma opuesta, según la cual debe satisfacerse una renta cuando el accidente de trabajo causa el fallecimiento o una incapacidad permanente.

No hay, pues, en las leyes civiles del país texto que consagre una manera o forma individualizada de cumplir la obligación de resarcir los perjuicios causados por la culpa aquiliana. Sentencia de la Corte —Sala de Negocios Generales— de fecha 17 de junio de 1938 (XLVI. 1937. 677), habla del criterio de equidad, de relativa libertad, de que disfruta el juez, ya que "no es posible aplicar una justicia matemática"; y habiéndose discutido sobre la forma de pago de la reparación, por muerte de la víctima, quien suministraba a sus padres cuidados económicos, reza que "debe partirse de la base de que la obligación de reparar es una obligación de hacer", y "como no se trata de obligaciones de alimentar en virtud de vinculaciones consanguíneas, cuando se trata de una indemnización por muerte, debe condenarse a una cantidad fija". Este fallo deslinda ya el terreno de los deberes legales de prestar alimentos, a que se contrae el precitado título 21, del campo de la de los delitos y cuasidelitos como fuente de indemnización por el perjuicio causado. Y en fallo de 7 de octubre de 1947 (LXIII, 2055 y 2056, 489), dice la misma Sala, con motivo de la petición del Procurador de que fuese señalada una pensión periódica, que "no es jurídicamente aceptable la solución consistente en señalar en un caso de la naturaleza del actual, cuotas fijas para prestaciones periódicas, en lugar de una cantidad global pagadera al contado como monto de la indemnización". Lo cual demuestra que para nuestra doctrina, si bien en pocos casos pronunciada, el juzgador de instancia goza de autonomía para señalar el modo de satisfacer la prestación indemnizatoria, consultando en cada caso las circunstancias y modalidades que la configuren, a fin de que las decisiones en esta materia sean ante todo equitativas, aunque el señalamiento de pensión por mesadas anticipadas pudiera considerarse en general como criterio menos aconsejable que el de una determinada cantidad de dinero para valorar el monto de la indemnización.

Esto anotado, se observa que en la doctrina contemporánea, tanto jurisprudencial como de los autores, es aceptada en materia civil la dicha autonomía en instancia, para elegir el sistema que consulte con mayor claridad las exigencias de cada caso, en aquellos países en donde no existe disposición legal que señale ninguno en particular (V. René Savatier "Traité de la Responsabilité Civile", II, número 616. 2ª edición; Arturo Alessandri Rodríguez "La Responsabilidad en el Derecho Civil Chileno", número 449. Año 1943; Henri y León Mazeaud "Traité de la Responsabilité Civile" III. Número 2331. 4ª edición, Planiol, Ripert y Esmein. "Traité Pratique de Droit Civil Française", VI, número 682. Edición año 1932).

Se sigue necesariamente de lo anterior, que la decisión de instancia que determina la manera de satisfacer la indemnización —una cantidad alzada o sumas periódicas— no sustrae de la censura en el recurso de casación. Se trata de cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde privativamente a los jueces comunes, en vista de las peculiaridades que cada caso presente, por una parte; y en ausencia de una norma que determine la forma de pago, por otra.

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Juicio de Ofelia Romero de Wills y otros contra el Municipio de Bogotá.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 31 de agosto de 1959.

Recurren ambas partes.

I

ANTECEDENTES

1. Ofelia Romero viuda de Wills, en su nombre y como representante legal de sus hijos legítimos Margarita María Antonia Wills Romero y Patricio Wills Romero, demanda al Municipio de Bogotá, para que se hagan estas declaraciones y condenas:

"Primera. Que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable de la muerte del doctor

Gustavo Wills Ricaurte ocurrida en las primeras horas de la noche del veintiuno (21) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953) cuando el automóvil que conducía en dirección sur-norte por la carrera sexta (6ª) entre calles trece sur y catorce sur de la ciudad de Bogotá se precipitó al cauce del río San Cristóbal en el punto donde había existido un puente para el tránsito normal y que meses antes había caído, estando a la sazón efectuándose las obras para su reconstrucción.

"Segunda. Que, en consecuencia, el Municipio de Bogotá deberá pagar a la señora Ofelia Romero viuda de Wills y a los menores Margarita María Antonia Wills Romero y Patricio Wills Romero el valor de los perjuicios materiales y morales que les ocasionó en su carácter de cónyuge la primera y de hijos legítimos los últimos, del doctor Gustavo Wills Ricaurte, por razón del fallecimiento de éste, en la cantidad que se demuestre en el curso del presente juicio o en el incidente de liquidación de la sentencia (G. J. art. 553), según el caso".

2. El hecho fundamental de esta demanda es el incidente a que hace referencia la parte petitoria inserta. En la fecha referida, en viaje de regreso de la fracción de San Cristóbal al centro de Bogotá y entrada ya la noche, el automotor en que viajaban los doctores Gustavo Wills Ricaurte, Alvaro Pachón de la Torre y Alvaro Umaña, fue a caer al río San Cristóbal por el sitio en donde con anterioridad un puente unía la carrera sexta, entre las calles trece sur y catorce sur de la ciudad de Bogotá, accidente que causó la muerte del doctor Wills Ricaurte y de sus acompañantes.

3. El Juez 10º Civil del Circuito de Bogotá falló así en primer grado:

"Primero. Declárase que el Municipio de Bogotá, Distrito Especial, es civilmente responsable de la muerte del doctor Gustavo Wills Ricaurte, ocurrida en las primeras horas de la noche del veintiuno de marzo del año de mil novecientos cincuenta y tres (1953), cuando el automóvil conducido por él mismo en dirección Sur-Norte, por la carrera sexta (6ª) entre calles trece sur (13-sur) y catorce sur (14-sur) de la ciudad de Bogotá, se precipitó al cauce del río San Cristóbal en el punto en donde había existido un puente para el tránsito normal.

"Segundo. Como consecuencia de la responsabilidad declarada en el punto anterior, condénase al Municipio de Bogotá, Distrito Especial, a pagar, en el término de seis (6) días contados de la ejecutoria del presente fallo, a la señora Ofelia Romero viuda de Wills y a los infantes Margarita María y Patricio Wills Romero, esposa la primera e hijos legítimos los dos últimos del doctor Gustavo Wills Ricaurte, por concepto de perjuicios morales y materiales sufridos por aquéllos con el fallecimiento de éste, la cantidad de doscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y siete pesos sesenta y un centavos ($ 262.567.61), moneda corriente, en la siguiente cantidad para cada uno:

"a) Para Ofelia Romero viuda de Wills, por perjuicios morales, dos mil pesos ($ 2.000.00), y por perjuicios materiales, ochenta y nueve mil novecientos veinticuatro pesos noventa y ocho centavos ($ 89.924.98). En total, noventa y un mil novecientos veinticuatro pesos noventa y ocho centavos ($ 91.924.98) moneda corriente.

"b) Para Margarita María Wills Romero, por perjuicios morales, dos mil pesos ($ 2.000), y por perjuicios materiales, noventa mil novecientos sesenta y tres pesos noventa y cuatro centavos ($ 90.963.94) moneda corriente. En total noventa y dos mil novecientos sesenta y tres pesos noventa y cuatro centavos ($ 92.963.94) moneda corriente.

"c) Para Patricio Wills Romero, por perjuicios morales, dos mil pesos ($ 2.000.00) y por perjuicios materiales, setenta y cinco mil seiscientos setenta y ocho pesos sesenta y nueve centavos ($ 75.678.69). El total, setenta y siete mil seiscientos setenta y ocho pesos sesenta y nueve centavos ($ 77.678.69) moneda corriente".

4. Apelada esta sentencia por el Municipio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la reformó de la siguiente manera:

"Primero. Declárase que el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, es civilmente responsable de la muerte del doctor Gustavo Wills Ricaurte, ocurrida en las primeras horas de la noche del veintiuno de marzo del año de mil novecientos cincuenta y tres, cuando el automóvil conducido por él mismo en dirección Sur-Norte, por la carrera sexta entre las calles trece sur y catorce sur de la ciudad de Bogotá, se precipitó al cauce del río San Cristóbal en el punto en donde había existido un puente para el tránsito normal.

"Segundo. Como consecuencia de la responsabilidad declarada en el punto anterior, condénase al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, al pago de una renta en favor de la

señora Ofelia Romero viuda de Wills y de los menores Margarita María Antonia Wills Romero y Patricio Wills Romero, mujer e hijos legítimos del doctor Gustavo Wills Ricaurte, en la forma y bajo los términos y requisitos que van a expresarse:

"a) A Ofelia Romero viuda de Wills en una suma alzada, la que resulta de multiplicar la cantidad de $ 416.25 por el número de meses comprendidos entre el 21 de marzo de 1953 y la fecha en que resulte ejecutoriada esta sentencia, agregándole al producto la suma de $ 2.000.00, por concepto de perjuicios morales.

"A partir de la ejecutoria de este fallo y, anticipadamente, el Distrito Especial de Bogotá seguirá pagándole a doña Ofelia Romero viuda de Wills, una pensión mensual de $ 416.25 moneda corriente, por toda la vida de ella hasta el 21 de marzo de 1985, si no contrajere nuevas nupcias o no adquiriere medios de fortuna que le permitan subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida, casos en los cuales cesará la obligación del Distrito Especial de Bogotá a la ocurrencia de tales eventos, debiendo la entidad mencionada acudir al procedimiento indicado en el artículo 837 del Código Judicial.

"b) A Margarita María Antonia Wills Romero en una cantidad alzada, la que resulte de multiplicar $ 416.25, por el número de meses comprendidos entre el 21 de marzo de 1953 y la fecha de la ejecutoria de este fallo, agregándole al producto anterior la suma de $ 2.000.00, por perjuicios morales.

"A partir de la ejecutoria de este fallo y, anticipadamente, el Distrito Especial de Bogotá seguirá pagándole a Margarita María Antonia Wills Romero, una pensión mensual de $ 416.25 moneda corriente por toda la vida de ella hasta el 21 de marzo de 1985, si no contrajere matrimonio o no adquiere medios de fortuna que le permitan subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida, casos en los cuales cesará la obligación del Distrito Especial de Bogotá desde la ocurrencia de tales eventos; debiendo la entidad mencionada ocurrir al procedimiento indicado en el artículo 837 del Código Judicial para obtener la extinción de su obligación, salvo en el caso de muerte de la beneficiaria, debidamente comprobada.

"c) A Patricio Wills Romero, en una cantidad alzada, la que resulte de multiplicar $ 416.25, por el número de meses comprendidos entre el 21 de marzo de 1953 y la fecha de la ejecutoria de esta sentencia; añadiéndole al producto anterior la suma de $ 2.000.00 moneda corriente, por concepto de los perjuicios morales. Desde la ejecutoria de este fallo, el Distrito Especial de Bogotá, le seguirá pagando a Patricio Wills Romero, anticipadamente, una pensión mensual de $ 416.25 hasta el 29 de agosto de 1973 siempre que no contraiga antes de esta fecha matrimonio o adquiera medios de fortuna que le permitan subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida.

"Si después del 29 de agosto de 1973 y hasta el 21 de marzo de 1985, Patricio Wills Romero, por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo, podrá acudir al procedimiento señalado en el artículo 837 del Código Judicial, para obtener el renacimiento de su derecho a la expresada pensión de $ 416.25 mensuales".

Una y otra parte interpusieron el recurso de casación contra este fallo, recurso que fue formulado y replicado por ambas.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

5. La de primera instancia declara al Municipio de Bogotá, Distrito Especial, civilmente responsable de la muerte del doctor Gustavo Wills Ricaurte; con fundamento en la "Tabla de Vida Probable" de la Compañía Colombiana de Seguros, determina la vida probable de la víctima y de los damnificados, a contar de la fecha del accidente y concluye que la cónyuge perdió el apoyo de su esposo por un lapso de treinta y un años; y los menores Margarita María Antonia y Patricio, la de su padre, por treinta y dos años, el primero, y por veinte años, cinco meses y ocho días, el segundo; con respaldo en el dictamen pericial rendido en dicha instancia, fija el monto de los ingresos líquidos mensuales que el doctor Ricaurte producía; y aplicando las tablas de Garuffa manda pagar de una vez, a la viuda la cantidad de $ 91.924.98; al hijo mayor $ 90.963.94, y al menor la de $ 75.678.69, y a cada cual la suma de $ 2.000.00, por perjuicios morales.

6. La sentencia recurrida establece otra forma de pago: la de una pensión mensual, anticipada, a favor de cada uno de los actores, de $ 416.25, o sea, la tercera parte del total de los ingresos líquidos del doctor Wills Ricaurte, en

la época de su fallecimiento, y a contar del día del accidente hasta: el 21 de marzo de 1985, para la viuda; el 29 de agosto de 1973, para Margarita María Antonia, y el 29 de agosto de 1973, para Patricio, fecha ésta de su llegada a la mayor edad. Dispone la sentencia, además, que a los tres damnificados se les pague de una vez las pensiones caídas de la fecha del siniestro a la ejecutoria de la misma y prescribe algunas reglas sobre las alteraciones que en cada caso pueden sufrir las obligaciones deducidas en el fallo o el monto de las pensiones, por las circunstancias económicas de los beneficiarios, o pasar la viuda a nuevas nupcias o desposarse la hija, etc.

Para mudar la forma de pago de las indemnizaciones, la sentencia se funda en algunos de los preceptos del título 21, sobre alimentos, del libro segundo del Código Civil y de manera especial en el artículo 421, que manda pagarlos por mesadas anticipadas.

III

EL RECURSO DE CASACION

Dado el hecho de que la parte demandada ataca el fallo en sus fundamentos probatorios, ya que las pruebas aducidas, según ella, no demuestran los elementos que estructuran en este caso la responsabilidad del Municipio, en tanto que la parte actora persigue la modificación de la forma como debe repararse el daño, la Corte pasa a ocuparse en primer término del libelo formulado ante ella por la entidad pública demandada.

Primero

Demanda del Municipio de Bogotá, Distrito Especial.

7. Acusa la sentencia invocando la causal primera, por error de derecho en la estimación de la inspección ocular practicada extrajudicialmente y de los testimonios rendidos en esta diligencia, como de otros recibidos fuera de ella, pero también extrajuicio, con infracción-medio de los artículos 593, 597, 601, 693, 697, 723, 731 y 732 del Código Judicial, al atribuírle pleno mérito probatorio a la inspeción en referencia, y a las declaraciones de Olimpo Valderrama, Luis Castillo, Marco A. Díaz, Domingo Alvarado, Guillermo Melo, Belarmino Calderón, Rodolfo Melo, Marco A. Clavijo, Remigio Otero, Miguel Otero, Pablo Pinzón R., José Ignacio Cano B., Carlos E. Gómez B., Alberto Prieto Gómez, Arsenio Cano, Angel María Guzmán (fs. 4 vto. al 34 vto. c. nº 3) y a las de Luis Helí Pardo, María Hernández de Pardo, Santos Herrera, Tomás Tribusa Cristancho, Eliserio Zamudio, Flaminio Contreras, rendidas en la diligencia de inspección ocular extrajuicio (fs. 34 fte. a 38 fte. c. nº 6), (fs. 61 vto. a 86 fte. c. nº 3); y ello con la violación final consiguiente de los artículos 1494 y 2356 del Código Civil.

8. El concepto de la acusación, en cuanto a la primera de las citadas pruebas, estriba en que "el Tribunal fallador cometió error de derecho en la apreciación de la prueba consistente en la diligencia de inspección ocular practicada extra-judicialmente, y aportada en copia al juicio de autos mediante despacho al Juez 1º del Circuito Civil de Bogotá, tomada del juicio "ordinario" de Graciela Castro de Pachón y otros contra el Municipio (hoy Distrito Especial) de Bogotá, y el de Vidal Umaña y otra contra la misma entidad (acumulados), al darle valor de plena prueba y no el de presunción más o menos atendible, conforme a la ley".

Y en cuanto a los testimonios, dice la impugnación:

"Para que tuviera valor probatorio pleno conforme a la ley, era necesario que dentro de este juicio se hubieran ratificado oportunamente en sus declaraciones tales testigos, habiéndose pedido por los interesados esto como prueba (la que no se hizo) y pudiendo en esta forma la contraparte, de la demandante, el Distrito Especial de Bogotá, hacer uso del derecho de contradicción, repreguntando a los testigos, o haber hecho a su debido tiempo el uso del derecho de tachar a los testigos que merecieran tacha, que le conceden las disposiciones de los artículos 669 y 672 del Código Judicial.

"Aparece en el cuaderno número 3, folios 52 frente a 56 vuelto el escrito en que el señor apoderado de la parte demandante solicitó la práctica de las pruebas que creyó conducentes en el litigio. Entre ellas, la número 36 (fs. 56 vto.), en que solicitó en relación con los testimonios de los declarantes de quienes se viene hablando, que 'se libre despacho al señor Juez 1º Civil de este Circuito para que se sirva remitir copia auténtica, tomada de los juicios ordinarios acumulados de Graciela Castro de Pachón y otros y de Vidal Umaña y otra contra el Municipio de Bogotá, de las piezas que obran en los folios 11 a 16 inclusive, 18v., 19, 19v.,

24v., 25, 25v., 26, 27, 34v., 37, 41 a 54v., inclusive del cuaderno número 2; 13, 14, 29 a 69 inclusive del cuaderno 1 principal) del juicio de Graciela Castro de Pachón y otros; 9v., 10, 11v. y todas las declaraciones que obran del folio 42 en adelante del cuaderno número 1 principal del juicio de Vidal Umaña y otra' ''.

Se considera:

La inspección ocular

9. La inspección ocular de 25 y 26 de marzo de 1953 (fs. 67 y ss. C. 4º), se practicó con citación del Personero Municipal de Bogotá, D. E., quien concurrió personalmente a parte de ella, y al resto, representado por los abogados de su despacho, según aparece del acta respectiva.

El mérito que a esta prueba reconoce el fallo no es otro que el atribuído a dicho medio probatorio en los artículos 730 y 731 del Código Judicial, por lo cual en vez de haber sido quebrantadas estas disposiciones, aparecen justamente obedecidas.

10. La circunstancia de haberse efectuado la diligencia a petición de quien no es actor en el presente juicio, no la demerita, porque, en primer lugar, efectuada con la citación y la presencia de los representantes del Municipio, éste goza en ella de las facultades procesales que garantizan suficientemente el derecho de defensa en lo que atañe a la aducción de los medios de prueba; y en segundo término, se trata de un solo hecho común a causa del cual perecieron a la vez el doctor Alvaro Umaña, cuyos parientes solicitaron la inspección ocular extrajudicial, y el doctor Wills Ricaurte, cuya viuda e hijos son los demandantes en la presente litis. El hecho generador de los dos procesos es el mismo, y si la diligencia se realiza con audiencia de quien en ambos vino a ser el demandado, no se ve la razón para que la prueba no sirva a los dos.

11. En tratándose de pruebas trasladadas, la doctrina ha dicho que la aducida en un juicio puede aprovecharse en otro, si en ambos las partes son las mismas, porque no puede sorprenderse a ninguna que no haya sido citada a su aducción o práctica (Sent. abril 23 1941. LI. 197. 428; cas. 8 septiembre de 1942. LIV Bis 1942. 60; y cas. 12 febrero de 1947. LXI. 2042; 738). Así que la razón por la cual una prueba trasladada no tiene valor, en tratándose de procesos en que uno de los contendientes es otro, es la de que la parte a quien se opone hoy no hubiese podido controvertir su producción en anterior oportunidad. ''Lo que comunica valor a las pruebas producidas en el juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes, en debate y oposición entre ellas, y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para la práctica''. (Cas. 12 de febrero de 1947. LXI. 2042. 738).

Por tanto, si la parte fue citada, la prueba se produjo con las garantías procesales que protegen su defensa; y no importa que otro la invoque y aproveche después en distinta litis, si se refiere a una misma causa de daños causados a varias personas, como incendio, naufragio, accidente de tránsito y siniestros en general. Basta, pues, que la parte disfrute de la oportunidad de asistir a la práctica del medio probatorio o de controvertirlo, para que éste aproveche no sólo a quien la solicitó primeramente sino a cuantos deriven sus pretensiones del mismo hecho causante. De lo contrario, la demostración de accidente de numerosas víctimas requeriría tantas pruebas cuantas aquéllas fuesen, sin motivo alguno jurídico que lo justifique, y aparte de la falta de economía procesal que habría en ello.

12. Lo dicho se aplica igualmente al caso en que la prueba sea pedida y practicada en forma extrajudicial, siempre que la parte contra quien se invoca luego en juicio, haya sido citada en aquella ocasión. El artículo 731 del Código Judicial, al reconocer a la inspección ocular fuera de juicio, pero con citación de la parte contra quien haya de alegarse, valor de plena prueba, está admitiendo ese mismo valor probatorio si se lleva a un proceso en que esa misma parte figure como actor o reo.

La prueba testimonial

A) 13. En cuanto a los testimonios recibidos durante la misma diligencia, se repite lo expuesto, ya que rendidos con audiencia de la entidad municipal legítimamente representada, tienen el valor que les atribuye la ley, sin que por ser trasladados a este juicio, ese valor desaparezca o disminuya.

Tales testimonios son los de Luis Helí Pardo, María Fernández de Pardo, José del C. Villamizar, Santos Herrera, Tomás Tribusa Cristancho, Elicerio Zamudio y Flaminio Contreras (fs. 71 y ss. C. 4º).

''Los testimonios trasladados —ha dicho la Corte— de un proceso penal al civil son admi-

sibles en éste, siempre que reúnan en su producción las características de publicidad y de contradicción exigidas por nuestra ley como garantía de verdad, y como tutela del derecho de defensa; cuando en el proceso penal ha existido debate contradictorio, no es dudosa la eficacia en el juicio civil ulterior de tales elementos de prueba aducidos en el primero. Pero puede afirmarse con idéntica razón que las declaraciones de testigos allegados a los autos del sumario o del juicio penal carecen de fuerza probatoria en procesos civiles posteriores cuando en su práctica no intervino la parte contra la cual pretenden oponerse en la actuación civil. Lo que comunica valor a las pruebas producidas en el juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes, en debate y oposición entre ellas, y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para su práctica". (Cas. 12 de febrero de 1947. LXI. 2042. 738).

B) 14. De los testimonios rendidos extrajuicio sin citación de la parte demandada, que la demanda de casación menciona, algunos de ellos fueron ratificados desde luego con citación de la entidad distrital, como aparece de las copias traídas a la presente litis de los juicios acumulados de Vidal Umaña y Graciela Castro viuda de Pachón, a los folios 31 y siguientes del cuaderno 4º. Dichas declaraciones corresponden a Carlos E. Gómez Gómez, Marco A. Díaz, José Domingo Alvarado, Juan Pablo Pinzón Rodríguez, Miguel Otero, José María Guzmán Guzmán y Luis Guillermo Melo. Ratificados en la forma legal, con audiencia del demandado, su traslado es eficaz en el presente litigio, por la razón antes expuesta, de tratarse del hecho o causa común generadora de responsabilidad.

No procede, por tanto, el cargo único formulado por el Municipio.

Segundo

Demanda de la parte actora

15. La impugnación de los demandantes se dirige a demostrar que a causa de la forma como el Municipio debe satisfacer las indemnizaciones, la sentencia quebranta, por errónea interpretación, los artículos 1341 y 1356; por indebida aplicación los artículos 411, 414, 416, 419 a 423 y por falta de aplicación los artículos 176, 179, 253, 257 y 258 del Código Civil.

16. El fallo apela, como antes se dice, a algunas disposiciones del título 21, libro primero del Código Civil, sobre alimentos, en las cuales encuentra una base para determinar la forma de pago por mesadas anticipadas, ya que el día del aciago suceso el doctor Wills Ricaurte tenía a su cargo obligaciones alimentarias, en su doble condición de esposo y padre de los demandantes, a las cuales atendía con el producto de su profesión de abogado y otras ocupaciones de índole intelectual, para concluír condenando al Municipio a pagar a cada uno de los tres damnificados, una pensión mensual, por los lapsos y con las modalidades señaladas, igual a la tercera parte de la renta líquida que la víctima producía.

La parte recurrente sintetiza así el cargo:

"a) La muerte de un padre que cumple con sus deberes para con su mujer e hijos no puede enfocarse para efectos de la indemnización, por el aspecto de los alimentos del título 21 del Código Civil, sino cuando al morir estaba sujeto a una pensión periódica respecto a ellos conforme a los preceptos respectivos, caso en el cual el demandado tiene los mismos derechos de la víctima sobre extinción y disminución de la pensión.

"b) Si a la muerte nada pasaba a su cónyuge e hijos, es obvio que no habría prueba del daño material.

"c) El sostenimiento del hogar normalmente hablando es derecho diferente al emanado de los alimentos anunciados en el literal a) y reúne diversos elementos que desde el ángulo del daño material se traducen en aquello que el padre suministraba para dicho sostenimiento, abstracción hecha de que la madre e hijos tuvieran o no bienes propios, ni del sexo de los hijos.

"d) Si al momento de la muerte el padre les suministraba dineros o los asistía en cualquier forma, el perjuicio aparece ineludible, así los hijos estuvieran casados, tuvieran cualquier edad o gozaran de bienes de fortuna.

"e) Por estas razones no se justifica optar por la indemnización periódica sujeta a los requisitos de las pensiones alimenticias de carácter judicial, pues elementos que dentro de éstas servirían para extinguirlas, aumentarlas o variar su forma de pago no inciden en lo que el padre fallecido contribuía al normal sostenimiento del hogar doméstico o en las subvenciones que daba a su mujer e hijos, como podría dar a extraños, que también serían perjudicados con el deceso, ya que el origen de los derechos o gracias es diferente como quedó de-

mostrado, de manera que en el supuesto de esta litis lo más adecuado legalmente es la indemnización en una sola suma de dinero, lo cual evita toda incidencia de situaciones ajenas al concepto de indemnización de perjuicios aun cuando fueran propias del pago de pensiones alimenticias, y elimina el pago mensual que podría no ser justo si la víctima hacía el suministro en cualquiera otro período de tiempo y no por mensualidades.

"Así las cosas, el Tribunal interpretó erróneamente y por ende violó los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, pues limitó su ámbito al pago de pensiones alimenticias dejando por fuera de la fuente del daño lo referente al sostenimiento del hogar, educación y crianza de los hijos y a ello llegó por indebida aplicación de los artículos 411, 414, 416, 419, 420, 421, 422, 423 de la misma obra. Al mismo tiempo dejó de aplicar violándolos el 412 que subordina las reglas del título 21 del libro primero del Código Civil, a las disposiciones especiales sobre alimentos contenidas en el mismo código, así como el 176, el 179, el 253, el 257 y el 258, que contienen, enuncian y organizan normas sobre el derecho y beneficio que perdieron la cónyuge y los hijos del doctor Gustavo Wills Ricaurte por el fallecimiento de éste, que constituyen la verdadera causa del perjuicio y orientan la consecuente reparación del daño".

Se considera:

17. Las disposiciones sobre alimentos que componen el título 21 del libro primero del Código Civil, no fueron dictadas para determinar la forma de pago de la indemnización de los perjuicios que la culpa aquiliana llegue a causar a quienes por la muerte de una persona se ven privados del beneficio económico que de ésta recibían. Esas disposiciones fueron dictadas para proveer a los deberes que especialmente en el núcleo familiar existen por derecho natural a cargo de sus miembros, en razón de las circunstancias pecuniarias en que pueden hallarse, y no como pautas complementarias del título 34 del libro cuarto del mismo Código, sobre la responsabilidad extracontractual; si bien algunas de sus normas guardan relación con una materia en que se trata de resarcir el daño causado a quienes por razón de los vínculos familiares, tenían el derecho de demandar cuidados de distinta especie, incluída la económica, de los cuales se han visto privados por la culpa o el dolo de terceras personas.

18. Si el título 34 aludido no trae ninguna regla sobre la forma de pago del resarcimiento que impone la responsabilidad extracontractual, y el título 21 del libro primero, en cuanto prescribe satisfacer mensualmente la pensión fijada por el juez, contempla las cargas alimentarias impuestas por la ley y no las prestaciones por la reparación del daño producido por los delitos y las culpas, no se remite a duda que el juzgador de instancia está en libertad de adoptar la forma de pago que más se avenga a las peculiaridades de cada situación concreta: una suma global única, o bien una pensión periódica durante un tiempo determinado. Esta facultad discrecional no existe en la legislación laboral colombiana, ya que el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las indemnizaciones sean pagadas de una vez en total, según las reglas allí dadas; al paso que en otras, como la francesa, rige la norma opuesta, según la cual debe satisfacerse una renta cuando el accidente de trabajo causa el fallecimiento o una incapacidad permanente.

19. No hay, pues, en las leyes civiles del país texto que consagre una manera o forma individualizada de cumplir la obligación de resarcir los perjuicios causados por la culpa aquiliana. Sentencia de la Corte —Sala de Negocios Generales— de fecha 17 de junio de 1938 (XLVI. 1937. 677), habla del criterio de equidad, de relativa libertad, de que disfruta el juez, ya que "no es posible aplicar una justicia matemática"; y habiéndose discutido sobre la forma de pago de la reparación, por muerte de la víctima, quien suministraba a sus padres cuidados económicos, reza que "debe partirse de la base de que la obligación de reparar es una obligación de hacer", y "como no se trata de obligaciones de alimentar en virtud de vinculaciones consanguíneas, cuando se trata de una indemnización por muerte, debe condenarse a una cantidad fija". Este fallo deslinda ya el terreno de los deberes legales de prestar alimentos, a que se contrae el precitado título 21, del campo de la de los delitos y cuasidelitos como fuente de indemnización por el perjuicio causado. Y en fallo de octubre 7 de 1947 (LXIII. 2055 y 2056. 489), dice la misma Sala, con motivo de la petición del Procurador de que fuese señalada una pensión periódica, que "no es jurídicamente aceptable la solución consistente en señalar en un caso de la naturaleza del actual cuotas fijas para prestaciones periódicas, en lugar de una cantidad global pagadera al contado como monto de la indemnización". Lo cual demuestra que para nuestra doc-

trina, si bien en pocos casos pronunciada, el juzgador de instancia goza de autonomía para señalar el modo de satisfacer la prestación indemnizatoria, consultando en cada caso las circunstancias y modalidades que lo configuren, a fin de que las decisiones en esta materia sean ante todo equitativas, aunque el señalamiento de pensión por mesadas anticipadas pudiera considerarse en general como criterio menos aconsejable que el de una determinada cantidad de dinero para valorar el monto de la indemnización.

20. Esto anotado, se observa que en la doctrina contemporánea, tanto jurisprudencial como de los autores, es aceptada en materia civil la dicha autonomía en instancia, para elegir el sistema que consulte con mayor equidad las exigencias de cada caso, en aquellos países en donde no existe disposición legal que señale ninguno en particular. (V. *René Savatier "Traité de la Responsabilité Civile"*, II. Número 616. 2ª edición; Arturo Alessandri Rodríguez "La Responsabilidad en el Derecho Civil Chileno", número 449. Año 1943; Henri y León Mazeaud "Traité de la Responsabilité Civile", III, Número 2331. 4ª edición), Planiol, Ripert y Esmein. "Traité Pratique de Droit Civil Française". VI. Número 682. Edición año 1932).

Se sigue necesariamente de lo anterior, que la decisión de instancia que determina la manera de satisfacer la indemnización —una cantidad alzada o sumas periódicas— se sustrae de la censura en el recurso de casación. Se trata de cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde privativamente a los jueces comunes, en vista de las peculiaridades que cada caso presente, por una parte; y en ausencia de una norma que determine la forma de pago, por otra.

DECISION:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Ofelia Romero viuda de Wills y otros, contra el Distrito Especial de Bogotá.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y ejecutoriada devuélvase al tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

TESTIGOS SINGULARES DE DIVERSIDAD ACUMULATIVA. COMO DEBE HACERSE EL ATAQUE DE LA PRUEBA DE ESTA ESPECIE.

Casación. Como esta no es una instancia, la Corte no puede entrar a sopesar nuevamente el elenco probatorio.

1. En el proceso mental de reconstrucción de una dada situación jurídica obra, en muchos casos, lo que los doctrinantes llaman "testigos singulares de diversidad acumulativa" elementos de prueba de facetas o aspectos que integran el todo, la verdad cuya existencia se pretende probar y que forman en el juzgador, una apreciación que no puede destruírse atacando separadamente esos elementos singulares, que, apoyados en otras demostraciones, llevan al grado de convicción que emana de la apreciación lógica del conjunto probatorio. De ahí que para que en casación el error de hecho pueda generar el quebrantamiento de una sentencia, es necesario que el error que llevó a la violación de la norma sustantiva, aparezca en forma manifiesta como lo manda la ley.

2. En constante jurisprudencia la Corte ha declarado que la casación no es una instancia y que, de consiguiente, no puede entrar a sopesar nuevamente todo el elenco probatorio, sino que ante ella sólo puede tener cabida el examen de errores de hecho que aparezcan de modo evidente en los autos; que la apreciación del fallador de instancia en el análisis de las pruebas, es soberana en tanto no se demuestre que en el proceso lógico de su estudio incurrió, y en forma nítida, en error que se ofrezca a la inteligencia sin sombras de dudas; así, y sólo así, podría la Corte modificar el criterio del Tribunal en la apreciación de la prueba en cuanto incida en la violación de la ley sustantiva base de la sentencia; y que cuando el Tribunal después del estudio de todos los elementos probatorios llegó a una conclusión, no se puede combatir ésta haciendo examen aislado de cada uno de esos elementos que forman el conjunto probatorio: la conclusión hay que tomarla como un ente jurídico para combatirla, señalando y probando un error.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 25 de noviembre de 1960.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, la señora Clementina Moreno de Rosero instauró demanda ordinaria contra María Morán viuda de Moreno y sus hijos legítimos Anselmo y Octaviano Moreno, Eudoxia M. de Vallejo, Rosa Helena M. de Benavides y Angela Florentina Moreno de Morán, "encaminada a reivindicar el inmueble 'Fuelamuesquer' o 'La Esperanza' para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por sus padres Ezequiel Moreno y la demandada María Morán y a la sucesión intestada de Ezequiel Moreno, en la proporción de la mitad para cada uno".

Subsidiariamente pidió "que si no fuere posible decretar la restitución de la manera simple y principal se decretara la simulación integral o nulidad absoluta del contrato de compraventa que contiene la escritura pública número 776 de 18 de agosto de 1958 de la Nota-

ría Segunda de Ipiales en forma que declarado así el dominio ordenar la restitución". (sic).

La demandante inició la acción diciéndose representante de la dicha sociedad conyugal y como heredera de la sucesión intestada del referido Moreno.

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos principales:

"a) Haber existido el matrimonio de Ezequiel Moreno con María Morán desde el 5 de diciembre de 1895, del cual nacieron la demandante y los demandados Anselmo, Octaviano, Eudoxia, Rosa Helena y Angela Florentina Moreno Morán;

"b) Haber adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal el inmueble demandado según los linderos que allí indica, siendo el mismo que por escritura número 776 de 18 de agosto de 1958 antes citada, vendió casi en su totalidad la misma señora Morán viuda de Moreno a sus hijos nombrados con exclusión de la actora;

"c) Que 'es casi seguro que esta venta de la viuda a sus propios hijos, con exclusión de mi poderdante —dice el apoderado de la actora— es simulada... y que esta escritura de venta se simuló, con el único objeto de sacar el inmueble vendido del patrimonio de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, y más claramente de privar de su posesión a su dueña, que es dicha sociedad; o cuando menos con el propósito de que mi poderdante no tenga parte alguna en este inmueble si él resultare de propiedad exclusiva de la vendedora, no tuviera parte alguna digo, como heredera que es de la pobre anciana vendedora, y a quien heredaría abintestato (sic) mi poderdante en caso de muerte de aquélla; por lo cual esta venta, cuando menos ha tenido por causa el desheredar o privar de sus legítimas a mi poderdante en la posible herencia de su madre".

Los demandados contestaron la demanda por conducto de apoderado; aceptan algunos de los hechos apuntados y consignando que al fallecimiento de Ezequiel Moreno quedaron "los respectivos herederos en posesión de los bienes del finado en común, al principio y por medio de partición extrajudicial, entre los copartícipes, a partir del 21 de noviembre de 1935, en adelante, con reconocimiento exclusivo de sus consiguientes parcelas, de la posesión real y material para cada heredero y para la cónyuge sobreviviente en particular; y que al tenor de la división extrajudicial, bien pudo la cónyuge sobreviviente disponer de lo suyo, no sólo al amparo de su respectiva hijuela, sino también en fuerza del exclusivo derecho de dominio que puede derivar al tenor de la Ley 51 de 1943".

Se niega que el contrato contenido en la escritura 776 ya citada sea simulado y se propone, entre otras excepciones, la de prescripción adquisitiva del dominio.

Durante el término de prueba y a petición de la parte demandada fue llevada a los autos copia de la escritura pública número 387 de 21 de noviembre de 1935, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Ipiales y en la que con intervención de la cónyuge sobreviviente de Ezequiel Moreno y de todos los hijos legítimos de éste se realizó una partición "amigable" de los bienes raíces sucesorales. En la dicha partición se adjudicó a María Morán viuda de Moreno el inmueble que es objeto del negocio y se declaró que "los exponentes quedan con el dominio y posesión de los inmuebles descritos".

LA SENTENCIA ACUSADA

El fallador de instancia en la parte motiva de su providencia hace entre otras, las siguientes anotaciones:

"Los demandados alegan su derecho como emanado de la escritura número 387 de 21 de noviembre de 1935 de la Notaría 2ª de Ipiales, en la cual se recogió la partición extrajudicial de los bienes dejados por Ezequiel Moreno, entre los cuales estuvo el predio 'Fuelamuesquer'. Por su parte, la demandante no hace alusión a esa escritura sino que manifiesta que falleció abintestato el señor Ezequiel Moreno el 3 de septiembre de 1935 y que su viuda quedó en posesión de los bienes de la sociedad conyugal, y especialmente del inmueble demandado, hasta que por medio de la escritura número 776 de 18 de agosto de 1958, de la Notaría Segunda de Ipiales, lo dio en venta en su casi totalidad, a sus otros hijos excluyendo a la actora.

"El título de propiedad respecto del inmueble 'Fuelamuesquer' a favor de la sociedad conyugal Moreno Morán, no aparece en los autos, existiendo solamente la referencia de títulos anotados en la escritura de división número 387 de 21 de noviembre de 1935 a que se hizo alusión en el número 4º de estos considerandos. Pero esta escritura número 387 servirá como indicio para decretar el punto de partida de la posesión de los demandados comoquiera que allí se adjudicó el predio 'Fuelamuesquer'; sin que ello signifique que a esa escritura se le asigne la calidad de título eficaz para transmitir el

dominio de los bienes dejados por el señor Ezequiel Moreno sin haberse efectuado la partición judicial a través del juicio sucesorio".

Al aceptar el fallador que están cumplidas las exigencias legales para la prosperidad de la acción reivindicatoria, entra a estudiar la excepción de prescripción adquisitiva del dominio que el Juez a-quo declaró probada, y dice:

"El artículo 2512 del Código Civil, al definir la prescripción enseña que ella es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos por la posesión material si se trata de inmuebles; y como actos correlativos que son, la acción correspondiente prescribe cuando a favor del demandado se ha consumado la prescripción adquisitiva".

"En el caso de estudio ya antes se expresó que la posesión de la señora María Morán v. de Moreno sobre el fundo 'Fuelamuesquer' parte desde el mes de noviembre de 1935 en que por virtud del convenio recogido en la pretendida partición material de la escritura número 387 en donde se le entregó el predio (folio 8 vto. y ss. del C. Nº 3º). En este acto de entrega intervino la actual demandante. Con los testimonios de Demetrio Revelo, José Revelo, Rosendo Narváez, visibles todos, desde folios 18 a 33 del Cuaderno número 3º, se demuestra la posesión material con actos de explotación económica como siembras y pastaje de ganados y habitando la casa, actos que ha realizado ya directamente o por intermedio de aparceros o amedieros, según lo manifiestan todos esos deponentes, y se percibe también de las declaraciones de los testigos llevados por la parte demandante señores Juan Campaña, Sofonías Morán, Fernando Morán, Ricardo Figueroa, Zenón Sotelo, Jesusa Chamorro y Otoniel Coral, visibles a folios 29 vuelto a 37 del Cuaderno número 2º, todos los cuales afirman que después de muerto don Ezequiel Morán la casa y el terreno de Fuelamuesquer fueron manejados por doña María Morán y sus hijos. Ha sido pues demostrada eficazmente la posesión de la demandada señora María Morán durante un lapso mayor de veinte años lo cual engendra el título cristalizado en la prescripción. En estas condiciones, resulta intrascendente el estudio de la petición subsidiaria de nulidad absoluta por simulación de la escritura número 776 de 18 de agosto de 1958 porque a más de no aparecer ninguna prueba que la genere, el título configurado por la prescripción concurre a reforzar el contrato contenido en la escritura preindicada".

EL RECURSO

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se acusa la sentencia "de ser violatoria de la ley sustantiva, de los artículos 762, 2512, 2531 y 946 del Código Civil, con violación indirecta o por errores de apreciación de la indicada prueba y en virtud de errores de hecho y de derecho, en que incurrió en cada apreciación para concluír que sí está probada la prescripción, cuando en realidad no lo está"; porque las probanzas "no demuestran una verdadera posesión exclusiva, continua y menos, mucho menos, por un lapso de tiempo (sic) de veinte años, cuando menos a favor de los demandados".

En cuatro cargos fundamenta el recurrente el ataque a la sentencia, al hacer un estudio crítico de los elementos probatorios que le sirvieron al fallador para proferir el fallo.

PRIMER CARGO

El acusante hace una crítica de los varios testimonios aportados por la demandada para concluír que el Tribunal los apreció en forma errónea contraria al sentido de lo que por ellos se afirma y que ese error lo llevó a admitir que se encontraba probado el fenómeno de la prescripción adquisitiva que la sentencia reconoce.

Toma el recurrente uno por uno el dicho de los testigos para pretender deducir que la señora María Morán viuda de Moreno y sus hijos —no la demandante— han tenido la posesión exclusiva de los bienes sucesorales; que algunos de dichos testigos no precisan la fecha en que principió la posesión por parte de la cónyuge sobreviviente; que en el predio objeto de la querella vivieron en común los herederos de Ezequiel Moreno y que, por lo tanto, ninguno de ellos puede alegar la posesión exclusiva que sirva de base a la usucapión; que algunos de los declarantes no determinan los linderos del inmueble "porque han cambiado los dueños" de los predios vecinos.

LA CORTE CONSIDERA:

El fallador ad-quem para llegar a su decisión analizó los varios elementos probatorios que fueron aducidos al juicio y entre ellos vale destacar cómo los testigos son categóricos al afirmar que doña Clementina Moreno, la demandante, en ningún momento hizo actos de posesión sobre

los lotes que en la partición amigable les fueron adjudicados a su madre y hermanos, y que la mayor parte de los deponentes afirman que la señora María Morán v. de Moreno sí realizó con exclusividad actos posesorios sobre el inmueble que alude la escritura de venta número 776 de 18 de agosto de 1958 y que para contar el lapso de la posesión se remontan a la fecha en que se hizo la partición amigable de la cual ellos tuvieron adecuado conocimiento; todo hace aceptar, y no por ello se incurre en error, que verificada la partición amigable en 1935, todos los asignatarios entraron en el goce de sus respectivos lotes, lo mismo que en el suyo la demandante y se admite también, que dada la avanzada edad de la señora María, sus hijos —no la demandante— hayan proveído al cuidado de su madre, ayudándole en sus cultivos, conviviendo con ella en su casa, sin que pueda inferirse que estos actos de filial amparo lleven a la conclusión de que la viuda no tenía la posesión exclusiva del bien a que se refieren los autos. Es elementalmente humano el cuidado y acompañamiento que los testigos ponen de presente en los hijos —no en doña Clementina— para con la señora María, y que todos llevaban —no hay demostración en contrario— una vida de armonía y recíproca cooperación hasta el momento en que se otorgó la escritura que ha motivado el pleito, cuando la actora creyó que iba a ser despojada de la herencia de una persona que no ha fallecido.

En el proceso mental de reconstrucción de una dada situación jurídica obra, en muchos casos, lo que los doctrinantes llaman "testigos singulares de diversidad acumulativa" elementos de prueba de facetas y aspectos que integran el todo, la verdad cuya existencia se pretende probar y que forman en el juzgador, una apreciación que no puede destruírse atacando separadamente esos elementos singulares, que, apoyados en otras demostraciones, llevan al grado de convicción que emana de la apreciación lógica del conjunto probatorio. De ahí que para que en casación el error de hecho pueda generar el quebrantamiento de una sentencia, es necesario que el error que llevó a la violación de la norma sustantiva, aparezca en forma manifiesta como lo manda la ley. El cargo es inoperante.

SEGUNDO CARGO

Afirma el recurrente que el sentenciador cometió error de hecho "que aparece de bulto en la respectiva diligencia de absolución al no apreciar la confesión de la demandada María Moreno de Morán (sic), cuya confesión pasó por alto en el fallo acusado, cuando al responder el cuestionario número primero dijo: 'Es cierto que yo en unión de mis hijos estamos poseyendo el terreno de Fuelamuesquer o La Esperanza... pues habitamos la casa que en el terreno existe. Las sementeras que en el terreno existen actualmente las cultivó mi hijo llamado Octaviano. Yo no tengo sementeras'. De esta confesión, dice el recurrente, aparece plenamente probado que lo que se reivindica nunca fue poseído exclusivamente sino por la viuda y sus herederos e hijos del causante; y que esa cooposesión perduró en familia hasta cuando se otorgó la escritura de 18 de agosto de 1936. De suerte que si el Tribunal hubiera apreciado esta prueba, si hubiera tenido en cuenta en su fallo que en el juicio hubo esta confesión, que descarta la usucapión que la sentencia reconoce, habría fallado el dominio en favor de la parte actora..."

SE CONSIDERA:

La diligencia de absolución de posiciones se llevó a efecto el 26 de enero de 1959, es decir, cuando por razón de la venta hecha por María Morán de Moreno, a sus hijos, ya éstos se encontraban en posesión de Fuelamuesquer, y es claro que por esa fecha la viuda de Moreno no podía tener la posesión del mencionado predio; vivía allí con sus hijos. La deducción que, por lo tanto, hace el recurrente no implica el error evidente que le apunta al Tribunal. Por otra parte, al hacer una sencilla crítica a lo dicho por la exponente no puede olvidarse que se trate de una anciana, de quien se quiso probar por la parte actora que era una mujer decrépita, susceptible de llegar, ella sí, al error de confundir el concepto de posesión que indudablemente encierra un significado jurídico de graves consecuencias en la vida del derecho. No prospera el cargo.

TERCER CARGO

Insiste el recurrente en este ataque sobre el error en que incurrió el fallador al apreciar, como lo hizo, las declaraciones que se han visto y dice que "la copia de la escritura (la 387 que recogió la partición amigable, anota la Corte) no demuestra, concediendo que pueda apreciársele jurídicamente como escritura, otra cosa que un convenio amigable de partición de bienes herenciales, hecho en la fecha del instrumento, y una declaración de que los otorgantes desde esa fecha 'quedan con el dominio y posesión de los bienes descritos', al decir que la cláusula ter-

cera, sin que tal declaración demuestre la realidad de la toma de posesión, del hecho material que este fenómeno implica''. Afirma que el Tribunal incurrió en el error al estimar como tiempo suficiente para la prescripción el de veinte años sin que las declaraciones ni la anotación escrituraria sirvan para tal efecto.

SE CONSIDERA:

El fallador no le ha reconocido a la supradicha escritura 387 el valor legal y probatorio que tiene el instrumento público; ha considerado la situación de hecho que le ofrece esa prueba para aceptar que sí hubo una partición amigable entre los copartícipes en la sucesión de Moreno, en donde se hizo por todos ellos, mayores de edad y con capacidad para disponer de sus bienes, la enfática declaración que desde la fecha de tal acto, 21 de noviembre de 1935 entraban en el dominio y posesión material de los bienes objeto de la división, división en la cual llevó la demandante el lote señalado con el número 5 y debidamente alinderado. No aparece por ninguna parte el error de hecho manifiesto por esta apreciación que hace el Tribunal. El cargo es inane.

CUARTO CARGO

Insiste el recurrente en el ataque formulado en el punto anterior, diciendo que el Tribunal cometió error de derecho al tener como prueba indicial la referida escritura; agregando: ''Pero, por otra parte, considerar una escritura como tal, como instrumento público, que contiene la declaración de haberse llevado, en determinada fecha ante Notario, un determinado acto contentivo de ciertas declaraciones que en ella se transcriben, declaraciones que se pretenden, con la presentación del instrumento, probar como ocurridas, verdaderamente; y en el caso de la aludida escritura, de pretendida partición de bienes herenciales, apreciarla, pues, cuando ella no está debidamente registrada, es cometer un error de derecho por el Tribunal sentenciador...'' que no ha debido tomar en cuenta ese instrumento que no prueba nada en juicio, que es como si no figurase en los autos.

SE CONSIDERA:

El Tribunal no le ha dado, vuelve a repetirse, el carácter de escritura pública con la fuerza probatoria que la ley le asigna a estos instrumentos, porque otro sería entonces el planteamiento jurídico que hubiera sido considerado. Ha tomado como simple indicio la mentada escritura de que en tal fecha empezó a realizarse una posesión material que por el lapso transcurrido han generado una prescripción adquisitiva.

En constante jurisprudencia la Corte ha declarado que la casación no es una instancia y que, de consiguiente, no puede entrar a sopesar nuevamente todo el elenco probatorio, sino que ante ella sólo puede tener cabida el examen de errores de hecho que aparezcan de modo evidente en los autos; que la apreciación del fallador de instancia en el análisis de las pruebas, es soberana en tanto no se demuestre que en el proceso lógico de su estudio incurrió, y en forma nítida, en error que se ofrezca a la inteligencia sin sombras de dudas; así, y sólo así, podría la Corte modificar el criterio del Tribunal en la apreciación de la prueba en cuanto incida en la violación de la ley sustantiva base de la sentencia; y que cuando el Tribunal después del estudio de todos los elementos probatorios llegó a una conclusión, no se puede combatir ésta haciendo examen aislado de cada uno de esos elementos que forman el conjunto probatorio: la conclusión hay que tomarla como un ente jurídico para combatirla, señalando y probando un error. Se rechaza el cargo.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario seguido por Clementina Moreno de Rosero contra María Morán v. de Moreno y otros.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Restricción probatoria en los juicios de indagación de la paternidad natural. Casación previa. Estado civil. La Corte no tiene facultad para declarar ejecutoriado el fallo de primer grado.

1. Si, como lo pretende el recurrente, en el litigio ha desaparecido la legitimatio ad causam **de la parte demandada con la cual se trabó la relación jurídico-procesal, para la Corte, la petición acerca de que la Sala debe, no obstante haber sido admitido, abstenerse de conocer del recurso de casación por falta de competencia, no es de incidente previo a la decisión de dicho recurso, sino propio de él, como cargo basado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.**

2. Las cuestiones de estado civil son de orden público, no dependen del querer de las partes, menos de un extraño en la litis, sino de los hechos presentados en la demanda debidamente comprobados y aceptados por el Juez en la respectiva sentencia.

3. La Corte en Sala de Casación Civil, no tiene facultad para declarar ejecutoriada la sentencia de primera instancia. La ley sólo autoriza este pronunciamiento por la Corte respecto de la de segundo grado, cuando no se ha suministrado por el respectivo recurrente el papel para la actuación (Arts. 353 del C. J., 3º del Decreto 243 de 1951).

4. Tratándose de establecer el estado civil, que es cuestión de orden público, la Corte ha considerado que respecto de las relaciones sexuales, es indispensable que la prueba testimonial se analice con un criterio estricto, dado que ella conduce a una verdadera investigación de la paternidad, que no puede cumplirse sino acreditando a plenitud tanto los caracteres de estabilidad y publicidad de dichas relaciones, como las épocas de su iniciación y terminación, para poder aplicar la presunción de la concepción de los hijos en los términos de los artículos 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 y 92 del Código Civil. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en fallo de 14 de mayo de 1954 (T. LXXVII, pág. 667).

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada).

Por intermedio de apoderado, Martha Holguín, en representación de sus hijos Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín citó a Esther Sarria de Valencia, Isaura Sarria Tovar y Jorge Sarria Tovar, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira, como herederos del doctor Francisco M. Sarria Tovar, para que se declarara:

1º Que los menores Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín tienen la calidad de hijos naturales de Francisco M. Sarria Tovar, ya fallecido.

2º Que los mismos actores, "en la calidad de hijos naturales de Francisco M. Sarria Tovar, son herederos universales del mismo, y que excluyen a cualquier otro heredero, salvo a los que tengan igual o mejor derecho".

3º Que los mismos menores Holguín, como hijos naturales y herederos universales de Francisco M. Sarria Tovar, "son dueños exclusivos de los bienes pertenecientes a la sucesión intestada del doctor Francisco M. Sarria Tovar, por lo cual a ellos exclusivamente pertenece el siguiente inmueble de propiedad de tal sucesión:

"Una finca rural ubicada en el Municipio de Pradera, denominada Holanda, cultivada de

pasto y algunas sementeras, con casa de habitación previamente cercada, todo en una extensión aproximada de doscientas ochenta (280) plazas, y alinderada tal finca así: Por el norte, en parte, con propiedad de los herederos o sucesores de Lisímaco Bolaños, y, en parte, con predio del doctor Carlos Blum Caicedo; por el oriente, y el sur, con terrenos del ingenio Castilla; y, por el occidente, con predio del doctor Carlos Blum Caicedo".

4º Que también son de propiedad exclusiva de los nombrados menores Holguín, en las condiciones expresadas, todos los semovientes y demás bienes muebles pertenecientes a la sucesión intestada de Francisco Sarria Tovar, que aparecen detallados en las diligencias preventivas adelantadas en el juicio sucesorio a petición de algún acreedor y en las actas correspondientes que reposan en el Juzgado Segundo Civil de este Circuito.

5º Que el juicio de sucesión intestada de Francisco Sarria Tovar debe proseguirse con intervención de sus herederos reconocidos por este fallo y con las ritualidades propias.

Veinticinco hechos constituyen la causa petendi, que se resumen así:

Francisco M. Sarria Tovar murió intestado el 27 de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, no fue casado ni dejó "descendientes legítimos, ni ascendientes".

En su juicio mortuorio fueron reconocidos como herederos presuntivos sus hermanos legítimos Isaura y Jorge Sarria Tovar y Esther Sarria de Valencia.

Francisco M. Sarria Tovar, durante más de quince años convivió bajo un mismo techo, en forma pública y notoria con Martha Holguín, y ofrecía a sus amigos y relacionados y al vecindario en general como su hogar el formado con Martha Holguín.

Martha Holguín vivió con Francisco M. Sarria Tovar por once años aproximadamente en la hacienda de Holanda en Pradera, de propiedad de él, y el resto, en la ciudad de Palmira.

Durante el tiempo en que "vivieron como marido y mujer casados, bajo un mismo techo, procrearon y tuvieron como sus hijos naturales" a Armando, Ramiro, Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín.

Francisco M. Sarria reconoció ante toda la sociedad que los menores Holguín eran sus hijos naturales.

Cuando Martha quedaba encinta le buscaba médico y enfermera que la atendieran en los partos, y ante los cuales reconocía que el recién nacido era hijo suyo.

Atendió diariamente a las necesidades primordiales de los cuatro menores Holguín, pues él les suministraba los alimentos y el vestido, buscaba y pagaba los médicos que los atendieran en sus enfermedades, compraba las drogas recetadas, los matriculaba en las escuelas y colegios y cubría todos los gastos de educación; los presentó siempre ante todos sus relacionados y amigos y ante el vecindario en general como sus hijos naturales, razón por la cual tanto éste como aquéllos siempre los tuvieron y reputaron como tales. El se presentaba ante los Notarios a denunciarlos como hijos suyos y de Martha Holguín. Previa la declaración de que iba a bautizarlos, les buscaba los padrinos "y aun los denunciaba como hijos legítimos". Ante las autoridades respectivas personalmente registraba a favor de sus hijos las marcas usadas para distinguir el ganado de propiedad de los menores.

Las relaciones sexuales estables por más de quince años entre Martha Holguín y Francisco M. Sarria Tovar son un hecho público de indiscutible notoriedad.

Es igualmente público y notorio en los Municipios de Palmira y Pradera que los menores demandantes son reputados por toda la sociedad como hijos naturales del causante Sarria Tovar.

Este dejó al morir varios bienes raíces y muebles que forman el caudal hereditario que pertenece de modo exclusivo a sus hijos naturales.

El apoderado de los tres demandados contestó el traslado de la demanda negando los hechos fundamentales, oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas y proponiendo las excepciones perentorias de ineptitud sustantiva de la demanda, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, petición de modo indebido y la llamada genérica.

Después de los incidentes a que dio lugar el desistimiento de la acción, propuesto por el apoderado de los menores demandantes, y la nulidad de aquél, el Juzgado decidió el negocio en primera instancia por sentencia de veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y siete, en que declaró: 1º Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín tienen el carácter de hijos naturales de Francisco M. Sarria Tovar. 2º En esta calidad son herederos a título universal del mismo Sarria Tovar; 3º En consecuencia tienen derecho a los bienes sucesorales; y 4º Quedan capacitados para intervenir en el juicio de sucesión intestada de dicho causante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió la alzada en fallo de diez y siete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, revocando el del inferior en todas sus partes. A petición del apoderado de las demandadas Sarria Tovar, el Tribunal, en providencia de treinta de junio siguiente, aclaró la sentencia "en el sentido de reconocer que la revocatoria allí decretada lleva implícita la absolución de los demandados, señores Jorge, Isaura y Esther Sarria Tovar, de los cargos que contiene la demanda propuesta por la señora Martha Holguín, como madre natural de los menores Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín..."

MOTIVACION DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal, después de hacer una relación pormenorizada de los varios incidentes ocurridos en este juicio, entra en el estudio de fondo del negocio. No acepta la tesis propuesta por el apoderado de los demandados de que la acción de investigación de la paternidad natural no pueda iniciarse después de muerto el presunto padre, ni que no se puedan acumular esta acción y la de petición de herencia.

Halla que la filiación natural la derivan los actores de dos hechos: las relaciones sexuales estables y notorias que existieron entre Francisco M. Sarria Tovar y Martha Holguín, y la posesión notoria del estado de hijos naturales por parte de los menores demandantes, fundada en el trato que de tales les dio el pretenso padre "proveyendo a su subsistencia y educación y haciendo saber a sus amigos que dichos niños eran sus hijos naturales".

Respecto del primer hecho dice el fallador que, analizada la abundante prueba aducida por la parte actora, resulta que ni siquiera se intentó probar el período durante el cual existieron las relaciones sexuales estables y notorias entre Martha Holguín y Francisco M. Sarria Tovar, ni se pusieron los medios para acreditar que los menores Holguín nacieron después de los ciento ochenta días contados desde cuando empezaron aquellas relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

En cuanto a la segunda causal, observa también el Tribunal que, si el esfuerzo probatorio se dirigió a acreditar la posesión notoria de los menores Holguín de su estado de hijos naturales del causante Sarria Tovar, considerada la fecha de la muerte de éste, ninguno de los menores demandantes había cumplido los diez años. Y concluye que la prueba sobre esta circunstancia es legalmente ineficaz, por disposición del artículo 398 del Código Civil que, tocante a la posesión notoria del estado civil, exige que haya durado diez años continuos por lo menos.

Concluye que "con los elementos de convicción traídos al debate no consiguió el actor probar las causales alegadas como fundamento de la paternidad natural del doctor Francisco M. Sarria Tovar".

La parte demandada propuso contra la decisión del Tribunal el recurso de casación que entra a resolverse.

CASACION PREVIA

El recurrente propone como cuestión previa a los cargos, la siguiente:

María América Ospina y Francia Ospina fueron declaradas hijas naturales de Francisco Sarria por sentencia del Juzgado 2º Civil del Circuito de Palmira de diez de julio de mil novecientos cincuenta y tres, que el Tribunal Superior de Cali declaró ejecutoriada por providencia de tres de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, en juicio ordinario seguido por ellas contra los tres hermanos Sarria Tovar, demandados en el presente litigio.

En la providencia en que se declaró la nulidad del auto por el cual se admitió el desistimiento del juicio solicitado por el apoderado de los menores Holguín, se dispuso notificarlas. En cumplimiento de esta orden, fueron emplazadas, se les designó curador *ad litem* y finalmente constituyeron apoderado dentro del presente juicio.

De la sentencia de primer grado que declaró la filiación natural de los menores Holguín, apelaron las hermanas Ospina.

Cuando se tramitaba la reposición del auto que concedió el recurso de casación interpuesto por las demandadas Sarria Tovar, presentaron América y Francia Ospina y su apoderado un escrito en el cual manifiestan que acogen la demanda de filiación natural y petición de herencia instaurada por Martha Holguín, representante legal de sus menores hijos Armando, Ramiro, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín "contra la sucesión de Francisco M. Sarria Tovar, que en consecuencia se declara ejecutoriada la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira y se archive el expediente".

En el proceso obran en copia el fallo del Juzgado 2º Civil del Circuito de Palmira que declara a las hermanas Ospina hijas naturales de Sarria Tovar, de la providencia del Tribunal Superior de Cali por la cual se declaró ejecutoriado aquél, y del auto del mismo Juzgado, en que fueron reconocidas herederas en el juicio de sucesión de Francisco Sarria Tovar.

Considera el recurrente que la manifestación de las Ospina es decisiva en esta litis, porque, declaradas hijas naturales, el interés de los hermanos del causante, demandados por los Holguín, desapareció, y apoyada la demanda de éstos por quienes ostentan el carácter de hijos naturales del que no los tuvo legítimos, este juicio carece de sustento *por el extremo pasivo.* Los demandados perdieron todo interés en el juicio de las Ospina. Si éstas han prohijado el libelo de los Holguín, y piden se pronuncie la ejecutoria del fallo de primera instancia, la casación sustancialmente carece de objeto, porque ella no podría perseguir cosa distinta del respeto debido a esta manifestación. La sentencia no podría ser infirmada, si los únicos herederos reconocidos piden que se declare ejecutoriado el fallo de primera instancia que fue revocado por el del Tribunal.

Careciendo el recurso "de estructura procesal y fondo sustancial", la Sala debe abstenerse de conocer de él, por falta de competencia, no obstante haber sido admitido, y declarado ejecutoriado el fallo del Juez, de acuerdo con la petición de las señoritas Ospina. "Así lo pido atentamente, teniendo en cuenta que el auto admisorio del recurso, según doctrina de la Corporación, no es ley intocable".

SE CONSIDERA:

Esta misma cuestión fue propuesta por el apoderado de los demandantes Holguín, para pedir que no se admitiera el recurso de casación. Dijo entonces la Corte: "En este juicio no se discute si las señoritas Ospina Sarria son o no las representantes legítimas del *de cujus;* se persigue la declaración judicial de que los Holguín son hijos naturales del doctor Francisco M. Sarria, y se señaló como parte pasiva en el libelo a sus hermanos, Esther, Isaura y Jorge. Esa es la realidad escueta de este proceso, y entonces no se ve la razón para desplazar a las personas que se señalaron como demandadas, y con quienes se adelantó en sus dos instancias, pues si bien puede ocurrir que las señoritas Ospina Sarria, en su calidad de hijas naturales, tengan mejor derecho a la herencia, también lo es que la relación jurídico-procesal para nada tocó con ellas, y es por eso por lo que resulta impropio atender favorablemente su petición.

"Si de las copias traídas a este juicio se deduce que las señoritas Francia, Elena y América... iniciaron el 6 de mayo de 1949 acción contra la sucesión del señor Francisco M. Sarria, y obtuvieron fallo favorable en que se les declaró hijos naturales de él, ello no quiere decir que, por lo ocurrido en ese juicio, de hecho quedaron vinculados a éste, pues para conseguirlo es necesario que judicialmente se les hubiera admitido como partes interesadas en la litis, lo cual no resulta de los autos.

"Por lo demás, es contrario a las reglas procesales pretender desconocer una actuación cumplida dentro del juicio como fueron el trámite y fallo de segundo grado, ya que al aceptar la estimación hecha por el señor apoderado, se desquiciaría la unidad y el orden procesal con graves perjuicios e inseguridad para los litigantes".

A esto cabe agregar:

Si, según lo pretende el recurrente, en el litigio ha desaparecido la *legitimatio ad causam* de la parte demandada, compuesta de los hermanos Sarria Tovar, con la cual se trabó la relación jurídico-procesal, la cuestión propuesta no sería de incidente previo a la decisión del recurso de casación, sino propia de éste, como cargo basado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

Proferido el fallo de segunda instancia, que revoca el de primera y niega la declaración de filiación natural, aun en el supuesto de que las hermanas Ospina fueran la parte demandada, no habría fundamento legal para solicitar ellas que el mismo Tribunal, pasando por encima de lo resuelto por él, declare ejecutoriada la sentencia de primer grado, que reconoce lo contrario, porque esto equivaldría a revocar su propio fallo, y éste no es reformable ni revocable por el Juez o Tribunal que lo ha pronunciado. (Art. 482 del C. J.). Además, las cuestiones de estado civil son de orden público, no dependen del querer de las partes, menos de un extraño en la litis, sino de los hechos presentados en la demanda debidamente comprobados y aceptados por el Juez en la respectiva sentencia. Finalmente, la Corte en Sala de Casación Civil no tiene facultad para declarar ejecutoriada la sentencia de primera instancia. La ley sólo autoriza este pronunciamiento por la Corte respecto de la de segundo grado, cuando no se ha suministrado por el respectivo recurrente el papel

para la actuación. (Arts. 353 del C. J., 3º del Decreto 243 de 1951).

Resuelta la petición previa presentada por el recurrente, se entra en el estudio de la demanda de casación.

DEMANDA DE CASACION:

Por cuatro motivos acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, fundados todos en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por violación indirecta de la ley sustantiva a causa de errores de hecho consistentes en no haber apreciado varias pruebas.

PRIMER CARGO

En este cargo el recurrente le imputa al fallador la violación indirecta de los artículos 398 del Código Civil y 4º, ordinales 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, por no haber estimado las partidas notariales de nacimiento de Armando Holguín y defunción de Francisco M. Sarria.

Transcribe el parágrafo del fallo en que expresa el Tribunal el concepto de que toda la prueba se enderezó a acreditar la posesión notoria de los menores Holguín como hijos naturales de Sarria Tovar, pero como a la muerte de éste, ninguno de ellos había cumplido diez años, dicha prueba resulta ineficaz por disposición terminante del artículo 398 del Código Civil, que exige en la posesión notoria del estado civil que haya durado diez años continuos, por lo menos.

Continúa el impugnante exponiendo que tal concepto de la sentencia se debió "al error de hecho que sufrió, bien por haber omitido el examen de las partidas notariales de nacimiento de Armando Holguín, y de defunción del doctor Francisco M. Sarria, o por no haber parado mientes, si las examinó, en las fechas de nacimiento y defunción en referencia".

Se refiere al acta de nacimiento de Armando que figura al folio 42 del cuaderno 1º, en la cual aparece que tal hecho ocurrió el 25 de octubre de 1937; y la de defunción de Sarria Tovar, visible al folio 3 del cuaderno 4º, en la que se lee que ésta tuvo lugar el 27 de marzo de 1949, de modo que entre los dos hechos transcurrieron más de diez años.

"Es un caso típico de error de hecho manifiesto en autos, en relación con el menor Armando Holguín, puesto que existiendo la prueba en el proceso, de que entre el nacimiento de uno y la muerte del otro transcurrieron más de diez años la sentencia lo niega diciendo simplemente: 'Pero basta considerar que a la fecha de la muerte del pretenso padre doctor Sarria Tovar, ninguno de los menores demandantes había cumplido diez años'."

Se refiere luego a las normas sustantivas violadas por el sentenciador al negar, basado en este error, la declaración de ser Armando Holguín hijo natural de Francisco Sarria Tovar. Dichas normas son las invocadas en la enunciación del cargo.

Considera que, como la tacha prospera, y debe infirmarse el fallo en relación con el menor Armando Holguín, la Corte como Tribunal de instancia debe ocuparse del estudio de la prueba existente en autos sobre la posesión notoria de este menor como hijo natural de Francisco Sarria Tovar. Al efecto entra en el estudio de los varios testimonios aducidos por la parte actora, para demostrar que la posesión notoria del estado de hijo natural de Armando Holguín duró desde su nacimiento hasta la muerte del pretenso padre Sarria Tovar. Pero advierte que "esta prueba debe apreciarse al dictar sentencia de instancia" fundada como está la casación en que el fallo le niega la paternidad a Armando Holguín, por cuanto la posesión notoria no lo favorecía, dado que no tenía diez años a la fecha de la muerte de Francisco Sarria Tovar.

SE CONSIDERA:

El artículo 347 del Código Civil dispone que la calidad en que consiste el estado civil de una persona deberá constar en el registro del estado civil "cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado". El artículo 348 ibídem, confió a los notarios públicos el encargo de llevar dicho registro.

Pero la Ley 57 de 1887 en su artículo 22 prescribió tener y admitir como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales".

La Ley 92 de 1938, que entró en vigencia el 15 de junio del mismo año, modificó el citado artículo 22 de la Ley 57, en cuanto dispuso que los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas son los notarios y los alcaldes municipales donde aquellos no funcionen,

y dispuso, además, que a partir de la vigencia del nuevo estatuto, "sólo tendrá el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de nacimiento, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del Registro del Estado Civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente Ley".

Tratándose, conforme a los propios términos de la demanda, de una persona bautizada, como que el mismo padre les buscó a todos los menores los padrinos para ser bautizados, y obrando el testimonio de Leonor Campo de Labe, quien dice fue madrina de Armando, bautizado en la iglesia de Santa Rosa de Cali en 1937 o 1938, su nacimiento debió acreditarse con el acta expedida por el respectivo párroco, y sólo a falta de ésta debidamente comprobada, eran admisibles, de conformidad con el artículo 395 del Código Civil, otros documentos auténticos, o declaraciones de testigos que hubieran presenciado el hecho del nacimiento o la posesión notoria de dicho estado civil.

En cuanto a la defunción de Francisco M. Sarria Tovar, obra el acta expedida por el Notario 3º de Cali que acredita plenamente ese hecho, por estar expedida de conformidad con la Ley 92 de 1938.

Pero no ocurre lo mismo con la de nacimiento de Armando Holguín, porque se trata de la expedida por un Notario en relación con el nacimiento ocurrido el 25 de octubre de 1937, cuando regía el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, que le había quitado el carácter de pruebas principales del estado civil a los certificados notariales, y se los había dado a las expedidas por los respectivos párrocos.

En estas condiciones el fallador no podía tener en cuenta siquiera tal documento, y al hacerlo así, no puede incurrir en el error de hecho alegado que sólo cabría si el documento notarial estuviera reconocido por la tarifa legal.

SEGUNDO CARGO

La segunda tacha, fundada en la misma causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, la deriva de violación indirecta de las mismas normas sustantivas citadas en el motivo anterior a causa de no haber estimado "las partidas notariales de nacimiento de Armando Holguín y de defunción del doctor Francisco M. Sarria y las declaraciones de testigos sobre la posesión notoria del estado civil de Armando Holguín".

Alude al concepto del fallo de no hacer la declaración de filiación natural "respecto de ninguno de los menores, porque ninguno de ellos había cumplido diez años cuando murió el doctor Sarria".

El alcance de la tacha que se considera lo amplía el recurrente diciendo que se basa en el mismo error del motivo anterior, y también en haber pasado el fallador "absolutamente desapercibidas las pruebas de la posesión notoria respecto del menor nombrado".

Al efecto manifiesta que reproduce las razones expuestas en la sustentación del reparo anterior.

En relación con el segundo error, estima el acusador que las declaraciones recibidas en la primera instancia y el certificado de la Alcaldía de Pradera demuestran de modo palmario la posesión notoria para casar la sentencia, en lo que respecta a la acción de Armando Holguín.

Cita a los deponentes Francisco Doncel, Jesús María López, Sergio Pombo, Gerardo Sarria, Ignacio Velasco, Ignacio Sinisterra, Leonor Lucio Chavarro y Gabriel Toro Márquez, quienes, afirma, declaran "sobre la forma esmerada como el doctor Sarria atendió a las necesidades de sus hijos desde cuando nació el primero, Armando, hasta el fallecimiento del padre, en lo referente a la subsistencia, crianza, educación de ellos y sobre el hecho de reputarlos el vecindario del Municipio de La Pradera y Palmira como hijos naturales del doctor Sarria, justamente por el tratamiento que éste les dispensaba.

Como declarantes de que el doctor Sarria les manifestó repetidamente que los hijos de Martha Holguín, inclusive Armando, eran hijos naturales de él y de que con ese carácter los presentaba, menciona a los supradichos, y, además, a Nohemí Sánchez, Alfonso Rodríguez Lozano, Alejandro Durán, Juan de D. Sossa, Luis Navia Carvajal, Gabriel Chavarro Manzano, Daniel Materón, Elvira Leonor de Labe y Carlota Velasco v. de Tenorio.

Sobre los servicios médicos solicitados por el doctor Sarria para los hijos habidos en Martha Holguín y el correspondiente pago de aquéllos, dan testimonio los doctores Carlos Blum Caicedo, Alfredo Rodríguez Lozano, Luis Navia Carvajal y Luis Guillermo Bustamante.

Daniel Materón declara acerca de los servicios de droguería que les prestó a los menores Holguín por orden del doctor Sarria.

Alejandro Durán, Director del Colegio Caldas de Palmira, afirma que en 1948 y 1949 es-

tudiaron allí Armando y Ramiro matriculados por el doctor Sarria como sus hijos.

Finalmente expone que al folio 47 del cuaderno 1º figura un certificado del Secretario del Alcalde de Palmira, en el cual consta que en el libro de marcas quemadoras de 1943, aparece una "registrada por el doctor Sarria a favor de su hijo Armando H. Sarria".

Según esta prueba concluyente, el tratamiento tuvo lugar por todo el tiempo que el doctor Sarria estuvo al lado de sus hijos, nueve o diez años en La Holanda y cuatro o cinco en Palmira. Se refiere a los testigos Gerardo Sarria, Ignacio Sinisterra e Ignacio Velasco que deponen sobre el tiempo de las relaciones entre el doctor Sarria y Martha Holguín y prosigue:

"De manera que la posesión notoria se desarrolló en ambos lugares, viviendo bajo un mismo techo los padres en compañía de sus hijos, e incurre el fallo en error de hecho en haber omitido estas declaraciones como demostración de que la posesión notoria tuvo de duración lo que duraron las relaciones de los padres, deducida la época anterior al nacimiento de Armando Holguín, esto es, más de diez años en relación con éste".

Las normas violadas a consecuencia de estos errores son los artículos 398 del Código Civil, 4º, ordinales 5º y 6º de la Ley 45 de 1936.

SE CONSIDERA:

El Tribunal respecto de la prueba sobre la posesión notoria dice en el fallo: "toda esta prueba se endereza, como es evidente, a acreditar la posesión notoria de los menores Holguín, demandantes, como hijos naturales del doctor Sarria Tovar. Pero basta considerar que a la fecha de la iniciación del litigio, mejor a la fecha de la muerte del presunto padre, doctor Sarria Tovar, ninguno de los menores demandantes había cumplido diez años, para concluír que la prueba de la posesión notoria del estado civil es legalmente ineficaz por disposición terminante y de aplicación obligatoria del artículo 398 del Código Civil".

La sentencia no tuvo en cuenta el acta de nacimiento de Armando Holguín, expedida por el Notario 3º del Circuito de Cali, porque en la época en que se efectuó el nacimiento, y se extendió tal documento, el hecho se acreditaba con las partidas expedidas por el respectivo párroco, según se vio en el estudio del cargo anterior. En cambio, la defunción del doctor Sarria Tovar, sí la estimó, como lo dice expresamente el sentenciador. Y el término de comparación para determinar la edad de Armando era su partida de nacimiento, ya que no se recurrió a la prueba supletoria.

Es verdad que el Tribunal en relación con la prueba testimonial, según se lee en el aparte de la sentencia que se ha transcrito, hace apenas una apreciación global de ella, faltando como fallador al cumplimiento del artículo 471 del Código Judicial, que le ordena estudiar "las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse". Pero no es menos cierto que el recurrente no ha demostrado el error de hecho poniendo de manifiesto que de tal medio de juicio resulta ostensiblemente acreditada la posesión notoria del estado de hijo natural de Armando durante los diez años que exige la ley.

En efecto, de los testigos a que alude el impugnador resulta que solamente Elvira Leonor de Labe concreta la circunstancia de haberla buscado Sarria Tovar para que le sirviera de madrina a su hijo natural Armando, a fines de 1937 o comienzos de 1938; Carlota Velasco de Tenorio, que manifiesta haberle hecho iguales declaraciones a aquel respecto de Armando y Ramiro al finalizar el año de 1946 o comienzos de 1947, con ocasión del bautismo de los mellizos, de los cuales fue madrina; y Alejandro Durán, que habla de la matrícula de Armando y Ramiro en su colegio en 1947 y 1948.

Dada la indeterminación de todos los demás declarantes acerca del tiempo en que sucedieron los hechos expuestos por ellos, y aceptando que el registro a favor de Armando H. Sarria del hierro marcador de ganados en la Alcaldía de Pradera, se refiera a Armando Holguín, que viene figurando a lo largo del juicio, sería imposible aceptar este indicio y las tres declaraciones citadas como plena prueba de la posesión notoria por parte de Armando del estado civil de hijo natural de Francisco M. Sarria, ya que ellas no abarcan los diez años continuos que requiere el artículo 398 del Código Civil, ni constituyen el conjunto de testimonios que la establezcan de un modo irrefragable, según los términos del artículo 399 de la misma obra.

No aparece que en la apreciación global que el Tribunal hizo de la prueba aducida para establecer esta causal de filiación natural, haya incurrido en el error de hecho que le imputa la demanda de casación.

TERCER CARGO

El tercer motivo de casación lo alega el impugnante por violación indirecta del artículo 4º

de la Ley 45 de 1936 y 1321 del Código Civil a consecuencia del error de hecho proveniente de no haber apreciado la sentencia las "declaraciones de testigos sobre las relaciones sexuales estables y notorias".

Copia el parágrafo del fallo en que el Tribunal expone que, analizada la abundante prueba aducida para probar las causales alegadas, "salta al ojo que ni siquiera se pretendió probar el período o espacio de tiempo durante el cual existieron" de manera estable y notoria las relaciones sexuales entre Martha Holguín y el pretenso padre doctor Sarria Tovar, ni menos se ensayó acreditar que los menores Holguín nacieron después de los ciento ochenta días de haber empezado las relaciones o dentro de los trescientos siguientes al en que cesaron éstas.

Observa el demandante en casación que sí se hallan acreditadas ambas circunstancias, pero que "es fácil afirmar la inexistencia de una prueba sin detenerse a examinar los materiales aducidos para establecerla"; que por eso "la Corte Suprema ha combatido con sobrada razón la apreciación general o global de las pruebas, porque la sentencia debe ser motivada".

Para demostrar el error por falta de apreciación de las pruebas existentes sobre las relaciones sexuales, cita los siguientes testigos:

Gerardo Sarria dice que Martha Holguín permaneció en la hacienda de La Holanda nueve años y en Palmira otros que no puede determinar, haciendo vida marital con el doctor Sarria.

Ignacio Velasco afirma que Martha Holguín y Francisco M. Sarria hicieron vida en común por más de quince años, los primeros once vivieron en la hacienda de Holanda y los cuatro restantes en esta ciudad.

Ignacio Sinisterra declara que esta vida en común la hicieron por espacio de unos doce años, una parte en la hacienda nombrada y la otra en Palmira.

Gilberto Velasco expone constarle que hicieron vida marital durante el tiempo que residieron en Palmira.

Francisco Doncel manifiesta que Sarria siempre indicó la casa donde vivía Martha como su domicilio o residencia, en la que comía y dormía y estaban sus hijos y señora.

Leonor Sarria también declara sobre las relaciones sexuales en la ciudad de Palmira.

Aceptando el dicho de los testigos Sarria y Velasco, arguye el acusante: "Por lo tanto, si para el primer testigo nombrado, los amantes vivieron en Holanda nueve años, y para el segundo once en Holanda y cuatro en Palmira, habiendo fallecido el doctor Sarria en marzo de 1949, los quince años del testigo Velasco habrían comenzado en 1934 y los nueve en Holanda del testigo Sarria y los cuatro en Palmira del testigo Velasco, o sean trece, a contar de la muerte del doctor Sarria, se habrían iniciado en 1936. De manera que, sea que el principio del concubinato se señale en 1934 o bien en 1936, la época de la concepción de Armando Holguín, nacido el 25 de octubre de 1937, queda comprendido en las relaciones sexuales de sus padres, y de la misma manera las de los demás hijos de Martha Holguín, nacidos el uno (Ramiro) el 30 de diciembre de 1940, y los gemelos Francisco José y Alvaro el 28 de octubre de 1946, ya en Palmira".

Con el dicho del testigo Ignacio Sinisterra de que los concubinos convivieron doce años en Holanda y en Palmira hasta la muerte de Sarria Tovar, tomando la fecha de este acontecimiento, 27 de marzo de 1949, concluye que las relaciones habrían comenzado el 27 de marzo de 1937, y que la concepción de Armando, nacido el 25 de octubre del mismo año, y las de sus hermanos quedarían comprendidas dentro de ellas.

Si la sentencia se hubiera detenido en el estudio de estos tres testigos habría hallado demostradas no sólo las relaciones sexuales sino también la concepción de Armando y sus tres hermanos de acuerdo con la presunción del artículo 92 del Código Civil. Por la omisión en el examen de estas pruebas, el fallo incurrió en manifiesto error de hecho, y en infracción directa del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y del 1321 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

La sustentación del cargo no demuestra el error de hecho cometido por el Tribunal, cuando afirma que no se acreditó el período de tiempo durante el cual existieron las relaciones sexuales estables y notorias entre Martha Holguín y Francisco Sarria Tovar, ni que los menores Holguín nacieran dentro de los términos señalados por el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, pues los cómputos que hace al efecto el recurrente se basan en simples hipótesis.

En este particular, basta observar que de las declaraciones analizadas por el impugnante, son inaceptables la de Ignacio Velasco, por su falta de veracidad en extender el conocimiento de las relaciones a un tiempo de siete años en los

cuales no conocía siquiera a Martha; la de Gerardo Sarria, que, por haber trabajado seis meses en la hacienda de La Holanda, y cuando ya Martha no vivía en ella, pretendió atestiguarlas durante nueve años, no solamente mientras ocurrieron allí sino también en Palmira, al tiempo que reconoce no haber residido nunca en esa ciudad; y las de Leonor Lucio Chavarro, Gilberto Velasco y Francisco Doncel, en razón de que no señalan siquiera aproximadamente el tiempo o la época en que observaron la convivencia de Martha y Sarria Tovar.

Quedaría en pie la de Ignacio Sinisterra, insuficiente por sí sola para acreditar la filiación impetrada como consecuencia de las relaciones sexuales estables y notorias entre el supuesto padre y Martha Holguín.

Tratándose de establecer el estado civil, que es cuestión de orden público, la Corte ha considerado que respecto de las relaciones sexuales, es indispensable que la prueba testimonial se analice con un criterio estricto, dado que ella conduce a una verdadera investigación de la paternidad, que no puede cumplirse sino acreditando a plenitud tanto los caracteres de estabilidad y publicidad de dichas relaciones, como las épocas de su iniciación y terminación, para poder aplicar la presunción de la concepción de los hijos en los términos de los artículos 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 y 92 del Código Civil.

La Corte en fallo de 14 de mayo de 1954 dice al respecto: "...la jurisprudencia es hoy, con sobrada razón, muy exigente en la calidad de la prueba de los casos del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, precisamente para que las acciones sobre filiación pasen por el crisol de la más rigurosa crítica a fin de que el reconocimiento judicial de la filiación sea producto de una comprobación evidente, perfecta, irrefragable, que no deje la más leve sombra de duda y ofrezca la seguridad de que no se trata de una superchería, de otro escándalo que haga impacto en la propia ley". (T. 77, pág. 667).

Y en fallo de diez y ocho de mayo de 1955 expresó: "En numerosos fallos la Corte ha insistido en el carácter restricto que debe gobernar la apreciación y mérito de la prueba en todo lo que diga relación a los juicios de investigación de la paternidad natural, por la trascendencia privada, familiar y social, que tienen estas providencias judiciales y de modo especial cuando al frente de la parte pasiva de la acción no se halla el legítimo contradictor sino sus herederos". (T. 80, pág. 327).

Las observaciones hechas a los testigos citados por el recurrente indican que su dicho no constituye la plena prueba de las relaciones sexuales entre Martha Holguín y Francisco M. Sarria Tovar dentro de las cuales fueran concebidos y nacieran los menores demandantes, razón por la cual no resulta el error de hecho manifiesto a que se refiere la tercera acusación.

CUARTO CARGO

La prueba no apreciada en que consiste el error de hecho de que trata esta tacha es "el certificado de la Alcaldía de Pradera y la demanda", y la ley sustantiva indirectamente violada, el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Los fundamentos del cargo se pueden resumir así:

"Para la sentencia, la acción de paternidad fue fundada exclusivamente en las presunciones de los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

El libelo no concreta el caso de los menores Holguín en ninguna de estas presunciones. En el hecho 19 se afirma que Sarria inscribió en la Alcaldía de Pradera una marca quemadora de ganado a favor de sus hijos naturales, Armando y Ramiro. En derecho tampoco se concretó nada, sólo se mencionó la Ley 45 de 1936.

El apoderado de la parte actora en su alegato de bien probado en primera instancia alegó como reconocimiento expreso la inscripción de las marcas.

Al folio 42 del cuaderno 5º, obran el certificado de la Alcaldía de Pradera según el cual, "Francisco M. Sarria se presentó a registrar 'la marca quemadora de su hijo Armando H. Sarria' y la inscripción aparece firmada por el mismo doctor Sarria. Lo cual constituye una confesión inequívoca de paternidad, tal como la contempla el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Si el sentenciador hubiera visto este certificado y la demanda, que no excluyó el caso del ordinal tercero del artículo 4º de la Ley 45 citada, habría hecho la declaración de paternidad natural del mismo Armando Holguín. Por no haberlo hecho así, cometió un manifiesto error de hecho que lo llevó al quebrantamiento del ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

SE CONSIDERA:

Sobre el alcance de la demanda, dice el Tribunal:

"La acción de filiación natural la hacen derivar los demandantes de dos hechos: el primero, de que entre el doctor Francisco M. Sarria, pretenso padre, y la madre natural de los menores Holguín, existieron, de manera notoria relaciones sexuales estables, y que, en segundo lugar, el pretenso padre, doctor Sarria Tovar, trató siempre a los demandantes, menores Holguín como a sus hijos naturales, proveyendo a su subsistencia y educación y haciendo saber a sus amigos que dichos niños eran sus hijos naturales".

El libelo trae el hecho "Décimo nono", que reza: "El mismo doctor Francisco M. Sarria Tovar se presentaba ante las autoridades respectivas y matriculaba a favor de sus citados hijos las respectivas marcas quemadoras usadas para señalar el ganado de propiedad de los citados menores".

La afirmación que hace el Tribunal de que la acción de filiación la deducen los actores de las relaciones sexuales y de la posesión notoria del estado de hijos naturales, tuvo que basarla tanto en las súplicas como en los hechos y en las normas citadas como fundamentos de derecho. Si entre los primeros no vio el que se acaba de transcribir, en cuanto, como dice el impugnante, se alegue que hay una confesión inequívoca de paternidad en el escrito que obra en la Alcaldía de Pradera, indudablemente la sentencia habría cometido un error de hecho evidente, dado que no vio tal hecho expresado en la demanda.

Los términos en que está expuesto el hecho "Décimo nono" no dejan comprender claramente que en él se refiera el apoderado de los menores Holguín a la causal 3ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 que dice: "Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad". Tal parece que hallándose este hecho no concebido en términos que aludan a la confesión, colocado entre todos los que el libelo expone como demostrativos y constitutivos de la posesión notoria del estado de hijos naturales, el Juez le dio este alcance. Y esta la razón para que el mismo recurrente en el segundo motivo de la demanda haya incluído el certificado de la Alcaldía de Pradera sobre el registro de la marca de ganados a favor de Armando H. Sarria como hecho de posesión notoria.

Además, debe tenerse presente que Armando figura en la demanda con este sólo nombre y con el apellido materno Holguín; que en el Colegio de Caldas fue matriculado con el mismo nombre y apellido, y que toda la prueba testimonial lo identifica con ese nombre.

En la diligencia de la Alcaldía de Pradera, el registro de la marca aparece a favor de ARMANDO H. SARRIA.

Aceptando que esta diligencia firmada por Sarria Tovar esté comprendida dentro de los escritos de que trata el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no reuniría la exigencia de contener una confesión inequívoca de paternidad del demandante respecto de Armando Holguín, porque sin una previa identificación, no se puede decir que la marca registrada o el reconocimiento que ella implica de Armando H. Sarria sea el del demandante Armando Holguín.

La primera condición que requiere esta probanza es la identidad del reconocido, que no se da, cuando el propio padre ha alterado el nombre con que Armando Holguín aparece en el registro civil, en la demanda y en todo el curso del juicio.

De lo expuesto no resulta el pretendido error de hecho en la estimación de la demanda, ni, por lo mismo, en la apreciación del certificado de la Alcaldía de Pradera.

La Corte Suprema de Justicia, en consecuencia de los motivos expuestos, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha siete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho en el juicio ordinario seguido por Martha Holguín como representante legal de sus hijos menores Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín contra Jorge, Isaura y Esther Sarria Tovar, como herederos de Francisco M. Sarria Tovar.

Las costas del recurso a cargo de los actores en él.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACTOS Y HECHOS JURIDICOS

Distinción entre éstos y libertad de probación de los últimos.

La distinción entre actos y hechos jurídicos, por necesidad lógica, se ha impuesto al legislador como criterio diferencial en materia de restricción o libertad probatoria. Porque, siendo el acto jurídico una manifestación de voluntad, que tiene por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho, es posible, en el momento en que tal manifestación se produce, consignarla por escrito, ya en orden a la constitución misma del acto, ya para que le sirva simplemente de prueba; pero, consistiendo el hecho jurídico en un acaecimiento debido a obra de la naturaleza o del hombre, que crea, modifica o extingue un derecho, sin que en el segundo caso este efecto jurídico haya sido el móvil determinante de la voluntad humana, mal podría requerirse de quien invoca a su favor un hecho de tal índole, la prueba escrita del mismo.

Es por esto por lo que las exigencias del régimen probatorio en cuanto a la forma literal, ya como elemento ad solemnitatem **(artículo 1760 C. C.), ya como requisito** ad probationen **(arts. 1767 ibid. y 91, 92 y 93 Ley 153 de 1887), versan meramente sobre la demostración de actos jurídicos, dejando abierto el campo de la prueba libre a los hechos, generadores de consecuencias jurídicas.**

Aun la ley que, tratándose de obligaciones de valor mayor de quinientos pesos, excluye la prueba de testigos, sin embargo levanta la restricción para los casos en que haya sido material o moralmente imposible obtener una prueba escrita (art. 93 in fine, L. 153 de 1887).

Ahora bien: la conclusión de un acto jurídico puede estar acompañada de circunstancias influyentes, con poder modificatorio o desintegrante, sobre los elementos subjetivos u objetivos del acto, constitutivas de verdaderos hechos jurídicos, cuya prueba por escrito, en virtud de la naturaleza misma de las cosas, sería imposible. Se impone entonces la libertad de probación. Tal ocurriría con la incidencia de incapacidades naturales, carencia total de consentimiento, vicios del mismo (error, dolo, violencia y lesión), falta de objeto e ilicitud de éste o de la causa.

Quiere, pues, decir que la demostración de los hechos generadores de la nulidad, absoluta o relativa, de un acto jurídico, escapa a las normas restrictivas de la prueba testimonial, la que en no pocos casos puede llegar a ser la única de posible conseguimiento; o lo que es lo mismo, que la nulidad, cualquiera que sea su origen, puede, en principio, acreditarse por todos los medios de convicción. Lo que por otro aspecto, tendría que ser así, si se tiene en cuenta que el estatuto de la nulidad está inspirado en consideraciones de orden público, cuya prevalencia no podría sacrificar la ley con escollos sin justificación ante la lógica de las pruebas.

Es así como la jurisprudencia de la Corte, al señalar la separación entre las acciones de simulación y de nulidad, ha podido indicar precisamente, como una de sus diferencias, la relativa a la prueba, sometiendo ésta, en materia de simulación litigada entre los contratantes, a las limitaciones impuestas por la ley al testimonio, y considerándola libre en cuestión de nulidad (XCI, 2217 a 2219, pág. 854).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de

segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 11 de agosto de 1959, en el juicio ordinario seguido por Visitación Ortiz viuda de Murillo frente a María Nidya, Vitelma y María Jesús Aguilera P.

I

EL ASUNTO

1. La demanda inicial de este litigio expone como *causa petendi*, una compleja serie de hechos, cuya síntesis, en lo fundamental, resulta ser la siguiente:

Que Visitación Ortiz de Murillo, viuda, de unos setenta y cinco años de edad, "que se acerca a los ochenta", y "apenas sabe leer y escribir" y quien, al morir su marido, había quedado con algunos bienes de fortuna y "viviendo prácticamente sola", pues ningún pariente cercano permanecía al lado de ella, porque la única hija que tuvo en su matrimonio falleció hace muchos años, vino a ser rodeada, so capa de amistad y asistencia personal, por la familia de Alberto Aguilera, de quien son hijas María Nidya, Vitelma y María Jesús, ésta última menor adulta y personas todas de modesta condición económica (hechos 2º, 3º, 8º, 17º, 18º);

Que la intriga de la familia Aguilera hizo que se produjese un rompimiento entre la señora Ortiz de Murillo y quien era su consejero en cuestión de negocios, señor Pedro Carrejo, quien no volvió a intervenir en ellos, en tanto que la anciana entregaba su confianza a la familia Aguilera, hasta el punto de que Nidya llegó a hacerle en su cuaderno de apuntes las anotaciones relativas a sendos préstamos de dinero que por $ 3.000.00 y $ 1.000.00 respectivamente concedió la señora de Murillo al padre y al hermano de Nidya y de que ellos no le otorgaron documento comprobatorio alguno (hechos 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10º y 11º);

Que, en desarrollo de un meditado plan para hacerse a la casa de la viuda Ortiz de Murillo, ubicada en la ciudad de Palmira, aprovechando la coyuntura de que la finca estaba gravada con hipoteca por $ 2.000.00 a favor de un tercero, los y las Aguileras (Nidya y Vitelma) le hicieron creer a la viuda que cualquier día tendría que comparecer a la cancelación de esa hipoteca y "así le tendieron el lazo para llevar a la pobre y sorda anciana a la Notaría cuando en verdad ella no necesitaba firmar la escritura de cancelación de esa hipoteca" (hechos 12º, 13º y 14º);

Que "así ocurrió que el 26 de mayo de 1955 llevaron las Aguileras (Nidya y Vitelma) a la anciana Visitación Ortiz viuda de Murillo a la Notaría Segunda de esta ciudad de Palmira y allí lograron que ella firmara la escritura número 599 de dicha fecha... según la cual aparece que la anciana Ortiz viuda de Murillo vende por la suma de dieciocho mil pesos ($ 18.000.00), que dizque los recibió a su entera satisfacción, la nuda propiedad de su casa de habitación y terreno, ubicados en esta ciudad de Palmira, por los límites y con las especificaciones que se dan en esa escritura. La venta se hizo por partes iguales a María Nidya Aguilera P.; a Vitelma Aguilera P., y María Jesús Aguilera, ésta menor, hija de Alberto Aguilera" (hecho 15º); y

Que "la anciana Ortiz viuda de Murillo cayó fácilmente en la trampa, mas es la verdad que ella ni tuvo intención de vender o transferir el dominio de su propiedad a las presuntas compradoras, ni éstas le han hecho, en ninguna época, pago del precio, como falsamente se dijo en la escritura 599, ya citada. Se trata, pues, de un contrato nulo por falta de causa, de precio y por consentimiento viciado por error y dolo" (hecho 16º).

Apoyándose en estos hechos, determinantes de la *intentio* de la acción, el apoderado al efecto de Visitación Ortiz de Murillo, demandó en juicio ordinario a María Nidya, Vitelma y María Jesús Aguilera P., impetrando lo siguiente:

Que se declare ser "nulo absolutamente por falta de causa real y verdadera, por haber estado viciado por error y dolo el consentimiento de la tradente o vendedora y por falta de precio", el contrato de venta contenido en la escritura pública número 599 de 26 de mayo de 1955, otorgada en la Notaría Segunda de Palmira, en la cual aparece que Visitación Ortiz viuda de Murillo vende a María Nidya, Vitelma y María Jesús Aguilera, por el precio de $ 18.000.00 que se dicen satisfechos, la nuda propiedad de una casa de habitación, de paredes de ladrillo y adobe, pisos de ladrillo y cubierta de tejas de barro quemado, con sus servicios sanitarios e instalaciones de alumbrado eléctrico y acueducto y "su correspondiente terreno propio que comprende también el solar encerrado por tapias de ladrillo", inmueble ubicado en la ciudad de Palmira, distinguido actualmente en sus puertas de entrada con los números 23-47 y 23-70 de la calle 28 y determinado por los linderos que allí se expresan;

Que consecuencialmente y "por estimarse que el aludido contrato de compraventa no ha existido por causa de la nulidad absoluta que se ha declarado" se decrete "que las demandadas o presuntas compradoras no han adquirido legalmente, en ningún momento, la nuda propiedad del inmueble anteriormente especificado" y que, por tanto, a esa nuda propiedad "no podrán, ahora, ni en lo futuro, agregar o consolidar el usufructo o la posesión real y material del dicho inmueble";

Que, "para el caso de que las demandadas, al tiempo de ejecutoriarse esta sentencia, estuvieren gozando del usufructo o posesión real del inmueble", se las condene a entregarlo o restituírlo materialmente a la actora o a quienes sus derechos representen, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo;

Que, para el caso de que las demandadas "se encuentren en posesión real o usufructo material del inmueble al tiempo de dictar este fallo", se las condene a pagar a la actora los frutos que haya producido "desde que tomaron posesión de él hasta el día de la entrega, y no sólo los percibidos sino los que la actora hubiera percibido con mediana actividad e inteligencia si la cosa fructífera hubiera estado en su poder", frutos cuya regulación se hará en la forma indicada por el artículo 553 del Código Judicial;

Que se cancele el registro de la referida escritura, a cuyo efecto se pasará al registrador el correspondiente oficio; y

Que se condene en costas a las demandadas.

En derecho, fundose la acción en los artículos 734 a 736, 1494, 1502, 1508, 1510, 1515, 1524, 1740, 1741, 1746 y 1748, todos del Código Civil y en el 2º de la Ley 50 de 1936.

2. Las demandadas contestaron negando o desconociendo en lo general los hechos fundamentales de la acción y afirmando, por lo mismo, que la compra fue hecha de buena fe, con pleno consentimiento de las partes, con pago del precio y con plena capacidad de las otorgantes, en razón de lo cual manifiestan oponerse a que se formulen las declaraciones solicitadas por la actora y niegan el derecho en que ésta pretende fundarse. Además el representante de la menor María Jesús dijo proponer excepciones que denominó "carencia de acción y derecho", "petición de un modo indebido", "falta de personería sustantiva en la actora y en las demandadas" y "la innominada".

3. Corregida la demanda en relación con la menor adulta María Jesús Aguilera P., en el sentido de descartar la representación de su padre legítimo, señor Alberto Aguilera, por haber ella contraído matrimonio y dirigirse entonces el libelo corregido contra la dicha menor "pero representada por un curador ad litem", surtido lo cual el curador por ésta designado contestó a la demanda corregida remitiéndose a la contestación anteriormente surtida, se tramitó la primera instancia hasta rematar con sentencia del Juez Segundo Civil del Circuito de Palmira por la cual resolvió:

1º Dar por no probadas las excepciones propuestas;

2º Declarar la nulidad de la escritura número 599 de 26 de mayo de 1955, de la Notaría Segunda de Palmira, "por falta de causa real, por inexistencia del precio de la transferencia, y por vicios en el consentimiento de la vendedora";

3º Declarar que las demandadas, señoritas Aguilera P., presuntas compradoras del bien raíz en cuestión, "no han adquirido en ningún momento su nuda propiedad, en virtud de lo cual no podrán consolidarse en la posesión real y efectiva del inmueble referido";

4º Ordenar que se cancele el registro de la escritura número 599 de 26 de mayo de 1955, otorgada en la Notaría Segunda de Palmira, para lo cual se librará al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la misma ciudad el oficio del caso, con inserción de la parte pertinente de la providencia;

5º Disponer también que se cancelen la inscripción de la demanda y la fianza que se constituyó por la señora Mercedes Molano de Mejía en favor de la demandante; y

6º Imponer las costas a la parte demandada.

4. Por apelación de ésta, tramitose el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal, de fecha 11 de agosto de 1959, por la cual se *reforma* la del inferior, de la siguiente manera:

"*Revócase* el punto *segundo* de la parte resolutiva de la sentencia, el que queda así:

"Segundo: *declarar nulo,* de nulidad absoluta, por falta de causa, vicio del consentimiento de la vendedora por dolo de que fue víctima y error en que incurrió, y falta de precio, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 599 otorgada en la Notaría Segunda de Palmira el 26 de mayo de 1955 y registrada el mismo año a folios 795 a 796 partida número 857, tomo 99 del libro primero

impar de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira según la cual la señora Visitación Ortiz viuda de Murillo enajena la nuda propiedad, por la suma de $ 18.000.00 a las señoritas María Nidya, Vitelma y María Jesús Aguilera (hoy de González), del siguiente bien raíz: 'Una casa de habitación de paredes de ladrillo y adobe, con pisos de ladrillo y techo cubierto de tejas de barro quemado, compuesta de varias piezas, corredores, cocina y patio, con sus servicios sanitarios e instalaciones de luz eléctrica y de agua y su correspondiente terreno propio que comprende también el solar encerrado por tapias de ladrillo, siendo su frente a la calle de once metros y medio, ubicado todo en esta ciudad de Palmira, Municipio del mismo nombre, distinguida la casa en sus puertas de entrada con los números 23-47 y 23-70 de la actual calle 28 (nueva nomenclatura), y comprendidos casa y terreno dentro de los siguientes linderos: al Oriente, con propiedades que son o fueron de Gabriela Gironza; Otilia Ramos, José Dolores Belalcázar, herederos de Ibrahín Calero, y de Adela Toro viuda de Hurtado; al Occidente, con propiedades de Dolores Quijano, Tomás J. Becerra S., Tránsito viuda de Ampudia y Cristóbal Márquez; al Norte, hoy con la calle 28, entre carreras 23 y 24, y al Sur, con propiedad de Roberto Reyes'.

"*Confírmanse* los demás puntos de dicha sentencia.

"Con costas a cargo del apelante".

Interpuesto por la parte vencida el recurso de casación, procede la Corte a decidirlo.

II

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Entendió el juzgador —y no podía ser de otra manera, dados los términos de la demanda y sus contestaciones—, que la acción incoada y efectivamente debatida fue la de nulidad absoluta del contrato contenido en la referida escritura número 599 de 26 de mayo de 1955.

Para acoger el pedimento, se fundó el Tribunal en la prueba indiciaria, establecida a su juicio por un conjunto de testimonios bastantes. Son apartes de su exposición, los siguientes:

"Está demostrado en el juicio, con las declaraciones de Nicanor Acosta, Jorge Saavedra, Bernardino Becerra, Ricardo Vivas y Adriano Reyes, que por esa época del otorgamiento del contrato en mención la señora Visitación Ortiz viuda de Murillo era ya una anciana que andaba entre los setenta y cinco y los ochenta años de edad y que desde que vivía su esposo el señor Alcides Murillo carecía de capacidad hasta para efectuar las más pequeñas transacciones, de modo que para todo y con mayor razón en tratándose de actos o contratos de alguna consideración necesitó en todo momento de un consejero o de una persona que la guiara...

"En estas circunstancias de desamparo en que quedaba, de un lado por la muerte de su esposo que era la persona que por ella velaba, y, de otro, por su falta de ser comercial o de capacidad para celebrar por sí sola el más pequeño acto de la vida civil o comercial ordinaria, la señora viuda de Murillo tuvo de inmediato la ayuda de amigos y buenos vecinos que le ofreció la familia Aguilera, esto es, don Alberto Aguilera, su esposa y sus hijos Luis Mario, María Nidya y Vitelma Aguilera. Consta de autos, por las posiciones que absolvieron las demandadas, que acudieron a suministrarle alimentos para evitarle las molestias y peligros de tener servicio doméstico y que llegaron hasta intervenir en los asuntos relacionados con la administración de su patrimonio. Así fue como Luis Mario y luego don Alberto la acompañaron al Banco de Colombia de Palmira para retirar, en tres contados, el depósito de siete mil pesos ($ 7.000.00) que tenía en ese Banco...

"Ni de las posiciones absueltas por las demandadas ni de las demás piezas y documentos aparece la prueba directa del engaño de que fuera víctima doña Visitación para acceder a concurrir a la Notaría Segunda a suscribir la escritura del contrato, o de que el pretexto de la cancelación de la hipoteca a favor de... fue el lazo que se le tendió para tal fin, pero hay un cúmulo de indicios fehacientes que sumados y ligados a otros en rigurosa concatenación conduce si no a esa única conclusión, sí al engaño urdido de otro modo porque en la celebración de este contrato resulta todo extraño. El dinero de la venta no se lo pagan las compradoras a la vendedora delante del notario o siquiera de un testigo sino dos o tres horas antes en su casa de habitación, y esto sin dejar de ello constancia en recibo que hubiera firmado la señora o de otra manera...

"La mayoría de los testigos que depusieron a petición del doctor Muñoz Acosta están de acuerdo en afirmar que el negocio les causó sorpresa porque conocedores de las precarias o

muy modestas condiciones económicas de la familia Aguilera, resultaba increíble que hubieran podido tener a su disposición la cantidad de dieciocho mil pesos ($ 18.000.00) para comprar lo que fue materia de la venta. En el aporte de ese dinero no tuvo parte la menor María Jesús sino sus dos hermanas, María Nidya y Vitelma, y este dinero dice haberse adquirido con los incrementos que les da su profesión de modistas...

"Por este camino de la prueba indiciaria que se mueve a través de estos hechos y circunstancias concomitantes al negocio de la compraventa de la casa de la calle 28 de Palmira, la Sala encuentra otros que contribuyen a demostrar *la falta de consentimiento* de la vendedora, y, lo que es más grave, la falta de pago del precio del contrato...

"Dice el artículo 1934 del Código Civil: 'Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores'...

"...Contra los terceros no cabe alegar sino la nulidad o falsificación de la escritura pero a las partes contratantes sí les es dable probar por cualquiera de los medios legales contra esa declaración expresa de la escritura de que el vendedor recibió el precio de la venta. Y en el caso que nos ocupa se ha alegado y demostrado con nutrida y concordante prueba indiciaria y testimonial que la señora Visitación fue víctima de dolo por parte de las sedicentes compradoras y por lo mismo de error, de modo que *faltó el consentimiento de la vendedora,* no hubo causa que justificara la enajenación del inmueble porque no hubo pago del precio estipulado y el contrato es por consiguiente absolutamente nulo.

"Hecha la anterior consideración, la cita de la obra del doctor Rocha es inoportuna porque no se trata aquí de una simulación, de ningún contrato oculto que aparezca disfrazado por el de compraventa o suplantado por éste, sino de un contrato nulo a secas por *falta de consentimiento,* causa y precio.

. . . . . .

"La anterior consideración lleva a la Sala a modificar, con todo, el encabezamiento del segundo punto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, porque lo pedido en la demanda es la nulidad del contrato y como secuela la de la escritura que lo contiene, y porque aquél es el que principalmente el Tribunal encuentra nulo, de nulidad absoluta" (los subrayados son de la Corte).

III

LA IMPUGNACION

Con fundamento en la primera de las causales de casación señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, anuncia el recurrente varios cargos de violación de ley sustantiva, así:

a) "Por indebida aplicación al caso del litigio, a lo cual se llegó por error de derecho en la apreciación de determinados elementos de prueba";

b) "Por indebida aplicación, con independencia del cargo anterior"; y

c) "Por infracción directa".

Cargo primero. Luego de observar que el Tribunal formó su convicción respecto de la pretendida nulidad absoluta del contrato, a base de prueba indirecta o indiciaria, y que la existencia de los hechos indicativos de las pretendidas causales de nulidad fue acreditada por medio de los testigos cuyas declaraciones se citan y se aprecian en el fallo, trayendo a cuento la norma del inciso 2º del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, dice el recurrente que, cuando la ley excluye la prueba de testigos, no es admisible obviar el impedimento recurriendo a la prueba indiciaria que se estableciera por medio de la testimonial, "pues lo contrario equivaldría a aceptar que puede eludirse la prohibición contenida en los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887"; y textualmente expone:

"Según quedó evidenciado, el Tribunal formó su convicción sobre la existencia de los hechos generadores de la acción de nulidad, con un *conjunto* de *circunstancias* e indicios que encontró probados con las *declaraciones de los testigos* que se citan y aprecian en los pasajes del fallo que se dejaron transcritos.

"Al apreciar el Tribunal tales testimonios como prueba de los hechos constitutivos de los indicios con que formó su convicción, infringió la norma probatoria cuyo texto dejé transcrito, por cuanto debiendo constar por escrito, y en el presente caso por escritura pública, el contrato tachado de nulidad absoluta, admitió la expresada prueba testimonial para acreditar la existencia de hechos tendientes a alterar integralmente lo que en la escritura por la cual se

celebró aquel contrato aparece haber declarado una de las partes, la vendedora, y de que *da fe* el notario ante quien se otorgó el instrumento.

"Y desechando como debe desecharse este medio probatorio para acreditar la existencia de los *hechos-indicios* con que el Tribunal formó su convicción, no queda nada en que el juzgador de instancia pueda sustentar su convicción acerca de la verdad de los hechos fundamentales de la acción de nulidad...

"Así las cosas, el error de derecho que se deja evidenciado en la apreciación de la prueba testimonial por el Tribunal sentenciador, lo condujo a infringir por indebida aplicación al caso del litigio las normas sustantivas de derecho contenidas en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil...

"Obsérvese que las causales de nulidad alegadas en la demanda y declaradas en el fallo, son: *falta de causa; vicio del consentimiento de la vendedora por dolo de que fue víctima* y *error* en que incurrió, y *falta de precio*. Y concretándonos a estas supuestas causales, resulta de toda evidencia, una vez descartada la prueba de indicios construída con prueba testimonial, que no está acreditada la ausencia de causa, ni de precio, ni la existencia del dolo ni del error viciatorios ni anulatorios del consentimiento, en el contrato materia de la acción.

"Y como el Tribunal declaró la nulidad de tal contrato y decretó las consecuencias de tal declaración por las expresadas e inexistentes causales, aplicó indebidamente, por ese concepto, las normas sustantivas de derecho anteriormente citadas, comoquiera que no era ni es el caso de aplicarlas en este proceso".

Agrega luego que el Tribunal, por la misma vía del referido error de derecho en la apreciación probatoria, llegó al quebranto del artículo 1746 —inciso primero— del Código Civil, por *indebida aplicación,* consistente en que "decretó en su fallo la restitución de cuanto fue efecto de aquel contrato al estado en que se hallaría si no hubiera existido", siendo así que no era el caso de disponer ello por no estar demostrados los hechos alegados como generadores de la nulidad absoluta del contrato.

Segundo cargo. Propuesto por infracción del artículo 1765 del Código Civil, lo concreta el acusador en los siguientes términos: "La infracción directa de esta norma consistió en que no estando legalmente probados los hechos alegados en la demanda como causales de nulidad del contrato materia de ésta, el Tribunal no le reconoció al instrumento público en que tal contrato consta, la fe que hace entre las partes respecto de su contenido. Desobedeció de ese modo el mandato legal que contiene el texto que acaba de citarse, el cual quedó así violado por *infracción directa*".

Tercer cargo. Formulado. "independientemente del error de derecho en la apreciación probatoria", se hace consistir en que el Tribunal incurrió en violación de los artículos 1741 y 1934 del Código Civil, por *indebida aplicación,* así: Por lo que hace al primero, en cuanto, no siendo los vicios de error y de dolo en el consentimiento, causales de nulidad absoluta, sino productores de nulidad relativa, que dan lugar a la rescisión del acto o contrato, con todo "el Tribunal declaró la *nulidad absoluta* del contrato materia de la demanda por *error* y por *dolo* viciatorios del consentimiento de la demandante, aplicando así de modo indebido la norma legal contenida en los incisos primero y último del artículo 1741 del Código Civil"; y en lo que atañe al último de los preceptos dichos, porque siendo la cuestión materia de la presente litis, no "la de si se pagó o no se pagó el precio de la compraventa, sino la de si *hubo precio* o *no lo hubo*", que son cosas distintas, "el Tribunal aplicó así la norma del citado artículo 1934 del Código Civil a un caso distinto de aquél en que debe aplicarse".

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Lo primero que se observa es que no se han impugnado en casación los supuestos de hecho que informan la motivación de la sentencia, relativos a la falta de consentimiento de la vendedora y a la falta de causa o precio en el contrato cuestionado, y de los cuales dedujo el Tribunal la nulidad absoluta de éste.

El ataque principal viene todo dirigido contra el mérito legal del conjunto de testimonios mediante los cuales el sentenciador formó su convicción de los hechos, siendo la razón única de tal censura la de que, para desvirtuar un contrato celebrado, como correspondía, por escrito, —en el caso escritura pública, por ser solemne el contrato—, el juzgador no podía, cual lo hizo, valerse de la prueba de indicios generada en la de testigos, por impedírselo los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, artículo éste que es el que se señala como violado en su segundo inciso.

El recurrente parece olvidar que la distinción entre actos y hechos jurídicos, por necesidad lógica, se ha impuesto al legislador como criterio diferencial en materia de restricción o libertad probatoria. Porque, siendo el acto jurídico una manifestación de voluntad, que tiene por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho, es posible, en el momento en que tal manifestación se produce, consignarla por escrito, ya en orden a la constitución misma del acto, ya para que le sirva simplemente de prueba; pero, consistiendo el hecho jurídico en un acaecimiento debido a obra de la naturaleza o del hombre, que crea, modifica o extingue un derecho, sin que en el segundo caso este efecto jurídico haya sido el móvil determinante de la voluntad humana, mal podría requerirse de quien invoca a su favor un hecho de tal índole, la prueba escrita del mismo.

Es por esto por lo que las exigencias del régimen probatorio en cuanto a la forma literal, ya como elemento *ad solemnitatem* (art. 1760 C. C.), ya como requisito *ad probationem* (arts. 1767 ibid. y 91, 92 y 93 Ley 153 de 1887), versan meramente sobre la demostración de actos jurídicos, dejando abierto el campo de la prueba libre a los hechos, generadores de consecuencias jurídicas.

Aun la ley que, tratándose de obligaciones de valor mayor de quinientos pesos, excluye la prueba de testigos, sin embargo levanta la restricción para los casos en que haya sido material o moralmente imposible obtener una prueba escrita (art. 93 in fine, L. 153 de 1887).

Ahora bien: la conclusión de un acto jurídico puede estar acompañada de circunstancias influyentes, con poder modificatorio o desintegrante, sobre los elementos subjetivos u objetivos del acto, constitutivas de verdaderos hechos jurídicos, cuya prueba por escrito, en virtud de la naturaleza misma de las cosas, sería imposible. Se impone entonces la libertad de probación. Tal ocurriría con la incidencia de incapacidades naturales, carencia total de consentimiento, vicios del mismo (error, dolo, violencia y lesión), falta de objeto e ilicitud de éste o de la causa.

Quiere, pues, decir que la demostración de los hechos generadores de la nulidad, absoluta o relativa, de un acto jurídico, escapa a las normas restrictivas de la prueba testimonial, la que en no pocos casos puede llegar a ser la única de posible conseguimiento; o lo que es lo mismo, que la nulidad, cualquiera que sea su origen, puede, en principio, acreditarse por todos los medios de convicción. Lo que por otro aspecto, tendría que ser así, si se tiene en cuenta que el estatuto de la nulidad está inspirado en consideraciones de orden público, cuya prevalencia no podría sacrificar la ley con escollos sin justificación ante la lógica de las pruebas.

Es así como la jurisprudencia de la Corte, al señalar la separación entre las acciones de simulación y de nulidad, ha podido indicar precisamente, como una de sus diferencias, la relativa a la prueba, sometiendo ésta, en materia de simulación litigada entre los contratantes, a las limitaciones impuestas por la ley al testimonio, y considerándola libre en cuestión de nulidad (XCI, 2217 a 2219, pág. 854).

Si, pues, la acción debatida en este proceso es la nulidad de la venta que aparece hecha por Visitación Ortiz de Murillo a María Nidya, Vitelma y María Jesús Aguilera en la escritura número 599 de 26 de mayo de 1955, de la Notaría Segunda de Palmira, el sentenciador, al fundar en testimonios de proyección indiciaria, su convicción acerca de los hechos generativos de la nulidad cuestionada, mal pudo infringir el artículo 91, inciso 2º, de la Ley 153 de 1887, que no tenía por qué aplicar al caso del pleito, ni llegar por este medio al quebranto de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

Y si el Tribunal admitió la nulidad del contrato, consecuencialmente tenía que confirmar, como lo hizo, el fallo del juez *a quo* en cuanto por éste se declaró que las demandadas en ningún momento adquirieron la nuda propiedad del inmueble y se ordenó la cancelación del registro de la referida escritura, a mérito de lo que preceptúa el artículo 1746 del Código Civil, el que, por lo tanto, no fue infringido.

2. Tampoco lo fue el artículo 1765 ibídem, por la razón potísima de que si el instrumento público hace, entre las partes, plena fe de las declaraciones por ellas otorgadas, semejante verdad sólo se mantiene mientras el contenido del instrumento no haya sido desvirtuado por cualquiera de los medios legales, uno de éstos la declaración judicial de nulidad. Por lo mismo, el ritual atestado de fe impartido por el notario al autorizar la escritura número 599 de 26 de mayo de 1955, no colocó a ese acto por fuera de esta contingencia.

3. Los cargos por violación directa de los artículos 1741 y 1934 del Código Civil, no tienen incidencia alguna sobre el fondo de la decisión.

a) Si se atiende a la motivación del fallo, en donde los razonamientos del juzgador lo llevaron a la conclusión de haber sido la señora

Ortiz de Murillo víctima de un engaño, hasta el punto de producirse "la falta de consentimiento de la vendedora", y si en la parte resolutiva se declaró la nulidad absoluta del contrato, indicando entre los factores de la misma el "vicio del consentimiento de la vendedora por dolo de que fue víctima y error en que incurrió", ello apenas induce que el sentenciador no fue feliz en los términos de que se valió al hacer esta indicación, los que de tomarse aisladamente no estarían conformes ni con la motivación, que es enfática, ni con el calificativo de *absoluta* asignado a la nulidad en la decisión. Entonces, teniendo que entenderse ésta a la luz de los motivos que la produjeron, según están afirmados en la parte expositiva, lo único que resulta es que el Tribunal llamó impropiamente "vicio" lo que es falta de consentimiento y que al referirse al dolo no lo hizo para señalarlo por sí mismo, como causal de la nulidad, esto es en su significado estricto de vicio que afecta el consentimiento, sin destruírlo, sino simplemente para indicar que el engaño que se hizo sufrir a la vendedora, más allá de lesionar su consentimiento, llegó a suprimírselo, en cuanto el sentenciador entendió que ella no tuvo voluntad alguna de otorgar la venta cuestionada.

Pero, el hecho de encontrarse intrascendente este reparo, no implica el que se cohoneste la falta de tecnicismo del fallador, al emplear en la resolución, respecto de la nulidad absoluta que entendió declarar, locuciones estrictamente correspondientes a la nulidad relativa, que fue ajena a su pronunciamiento.

b) La ineficacia de la censura con motivo de la exégesis hecha por el Tribunal del artículo 1934 del Código Civil, resulta de que este texto no contempla el caso de *falta* de precio, sino el de *no pago* del precio estipulado cuando en la escritura de venta se declara haberse satisfecho, hipótesis ésta en la que el precepto no admite, en perjuicio de terceros poseedores, prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura. No siendo éste el caso del pleito, y puesto que el sentenciador asentó la nulidad absoluta del contrato primordialmente sobre la falta de consentimiento de la vendedora, no necesitaba, para franquear el paso a la libertad probatoria, sacar argumento del citado artículo 1934, sino que le hubiera bastado apoyarse en consideraciones tales como las que atrás se consignaron al respecto.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha once (11) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION. CONFESION EXTRAJUDICIAL.

Prueba para obtener la prevalencia del acto oculto sobre el disimulado. Mérito probatorio de la confesión extrajudicial para demostrar la simulación de actos solemnes o mayores de quinientos pesos. Condiciones para la equivalencia de la confesión extrajudicial, hecha ante Juez no competente, al principio de prueba por escrito. Poder discrecional del sentenciador en la apreciación de la confesión extrajudicial.

1. Cuando entre los contratantes se discute simulación y, el convenio ostensible se hizo constar por escrito, por obligación legal o por voluntad de las partes, las pruebas para obtener la prevalencia del acto oculto sobre el disimulado, no pueden ser otras que la confesión, la contraprueba literal de la voluntad auténtica, o un principio de prueba por escrito, completado por testigos, presunciones o indicios, porque el destino de tales pruebas es hacer desaparecer el presunto contenido de verdad atribuído por la ley a los actos jurídicos a que se refiere el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, para cuyo caso, en busca de la mayor certeza posible, se exigen pruebas de calidad equiparable a la que se pretende destruír.

2. Puede la confesión extrajudicial tener hasta mérito de plena prueba para demostrar la simulación de actos solemnes o mayores de quinientos pesos, si para establecerla no se recurre a medios que la ley inhabilita para acreditar la obligación misma, porque por semejante camino, se daría por bueno lo que la ley busca prohibir. Sería infringir el ordenamiento que no admite la prueba testifical para acreditar obligaciones de las dichas, y admitirla para demostrar la declaración confesoria extrajudicial que probaría ese mismo hecho.

3. La confesión extrajudicial hecha ante juez no competente, por la naturaleza del negocio, excluye la duda sobre la confesión misma, y puede llegar hasta tener el carácter de plena prueba a juicio del juez, o puede considerarse como equivalente al principio de prueba por escrito, si se completa por otros medios reconocidos por la ley; pero, por la confesión extrajudicial producida en otras circunstancias no pueden concretarse obligaciones que la ley prohibe establecer por prueba testimonial.

De admitir que con la prueba de testigos puede fijarse la confesión extrajudicial, habría que concluír su idoneidad con relación al principio de prueba por escrito proveniente del obligado. No sería lógico, ni la interpretación doctrinal armónica, si para un caso, el de la confesión extrajudicial, se acepta la prueba oral de testigos, y para el otro, el del principio de prueba por escrito, esa prueba no sea pertinente. En este último supuesto, se ve muy claramente la imposibilidad de aceptarla, pues el principio de prueba por escrito ha de examinarse en su contenido material para saber si proviene del obligado y si hace verosímil el hecho litigioso, lo cual sólo se lograría con la aducción al juicio de lo que la ley entiende por principio de prueba por escrito. Si este no se presenta, huelga la prueba testimonial que aquella presencia supone y subordina. Se ve entonces cómo la prueba testimonial no podría aseverar el principio de prueba y, por tanto, tampoco la declaración confesoria extrajudicial, porque aun a riesgo de repetir, no habría por qué rechazarla en un caso y aceptarla en otro.

4. El texto del artículo 608 del Código Judicial deja al "juicio del juez" la apreciación de la confesión extrajudicial. La Corte no puede reemplazar o corregir esa valoración en sí misma, puesto que se trata de la convicción del sentenciador, salvo error evidente de hecho o el error de derecho; pero no es posible el error de

derecho cuando el juzgador, con apoyo en la norma respectiva, niega el valor de la prueba, por falta de idoneidad en el medio que la acredita.

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

Por escritura pública número 1014 de 21 de septiembre de 1955, pasada en la Notaría Segunda del Circuito de Neiva, Antonio Manchola dijo vender a su hijo legítimo Diógenes Manchola Andrade un conjunto de bienes allí detallados.

Por escritura número 551 de 14 de julio de 1958, de la Notaría Primera del mismo Circuito, Diógenes Manchola Andrade dijo vender a Isidro Quintero Polanía parte de los bienes que había comprado a Antonio Manchola.

EL LITIGIO

En la demanda con que se inició el juicio ordinario, se solicita por Antonio Manchola frente a Diógenes Manchola Andrade e Isidro Quintero Polanía la declaración de simulación de los contratos contenidos en las escrituras números 1014 y 551 y, en consecuencia, la restitución, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, de los bienes raíces situados en jurisdicción del Municipio de Palermo y descritos en los apartes a), b) y c) de la demanda. Igualmente se solicitó condenación en costas.

Dicen los hechos que el contrato de compraventa a que se refiere la escritura 1014 no es verdadero, sino aparente o simulado y que lo hizo el vendedor Antonio Manchola con el fin de eludir una acción de separación de bienes propuesta por su esposa Benicia Andrade de Manchola, quedando obligado el supuesto comprador Manchola Andrade a hacerle escritura de venta a su vendedor cuando éste se lo solicitara; que por tal razón no es exacto que haya pagado el precio de la venta, porque, además de ser de confianza la escritura 1014, el presunto comprador carecía de medios económicos para pagar; que el vendedor continuó en posesión material de los bienes que dijo vender, explotándolos económicamente y beneficiándose de ellos.

En el año de 1957, continúan los hechos, Antonio Manchola celebró con Angel María Lasso un contrato de compraventa sobre el lote de terreno constante de diez hectáreas, que hizo parte de la extinguida comunidad de Charcolargo, a que se refiere el punto c) de la escritura 1014; por la cantidad de $ 15.000.00. Antonio Manchola le ordenó a su hijo Diógenes Manchola Andrade que le otorgara a Angel María Lasso la correspondiente escritura para perfeccionar el contrato, lo que cumplió en su oportunidad.

A principios del mes de julio de 1958, Antonio Manchola le pidió a su hijo Diógenes que le hiciera escritura de venta de los bienes puntualizados en el instrumento número 1014 de 21 de septiembre de 1955, con excepción del vendido a Lasso. Diógenes Manchola se apresuró entonces a hacerle escritura aparente a Isidro Quintero Polanía, su cuñado, con el fin de eludir el compromiso contraído con su padre.

La demanda se contestó negando las pretensiones del actor y afirmando no ser simulados los contratos de compraventa a que el demandante se refiere.

La primera instancia del juicio se clausuró con la sentencia de 11 de mayo de 1959, pronunciada por el Juez Segundo del Circuito Civil de Neiva, en que se declaró la simulación solicitada, se ordenó la cancelación del registro del inmueble detallado en el punto b) de la escritura, se ordenó la restitución del valor de los inmuebles vendidos a Quintero Polanía, se absolvió a éste y no se hizo condenación en costas.

De esa sentencia apelaron ambas partes. El Tribunal pronunció la suya el 22 de febrero de 1960, revocatoria de la anterior, en cuya consecuencia absolvió a los demandados y condenó en costas de ambas instancias a la parte vencida.

El recurso de casación que ahora se resuelve lo interpuso la parte actora.

LA SENTENCIA ACUSADA

Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para llegar a la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en síntesis, fueron dos:

a) Ineficacia de la confesión extrajudicial probada con testigos para acreditar la simulación de un contrato solemne por valor mayor de quinientos pesos; y

b) Falta de interés jurídico de Antonio Manchola para demandar a Isidro Quintero Polanía, porque desestimada la acción de simulación respecto del actor, deja éste de tener legitimación para actuar contra aquél.

Respecto a lo primero, dice la sentencia:

"Cuando el acto consta por escrito, por tener el contrato un valor mayor de quinientos pesos ($ 500.00) o por exigir la ley esa solemnidad, es la contraescritura la prueba que a las partes debe exigírseles, debido a que al celebrar el acto tuvieron oportunidad de hacer constar por escrito la simulación.

"Sin embargo, como lo importante es que la prueba tenga un valor no inferior al del escrito mismo, no es la prueba literal el único medio a que las partes deben acudir para demostrar la simulación, pues hay otros medios equivalentes de que pueden valerse los contratantes, como son la confesión de parte y (sic) un principio de prueba por escrito complementado por los medios probatorios comunes u ordinarios.

"Respecto de la confesión hay que tener en cuenta si ella es judicial o extrajudicial, y en este último caso preciso es tomar nota de si se ha probado por testigos o en otra forma.

"..... .....

"La confesión judicial es plena prueba, más no así la extrajudicial, que tiene mayor o menor fuerza de convicción según lo más o menos seguro del medio probatorio con que se demuestre.

"Cuando se demuestra por medio de testigos, aunque se demuestre plenamente, no resulta idóneo para probar la existencia o la extinción de obligaciones de valor mayor de quinientos pesos ($ 500.00), porque respecto de ellas la ley excluye la prueba testifical. Lo contrario equivaldría, como ha dicho la Corte, a aceptar que puede eludirse la prohibición contenida en los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887. Estas disposiciones se fundan en los peligros del testimonio, prueba de la cual desconfía la ley, y esos peligros no dejan de existir cuando se trata de probar una confesión extrajudicial por tal medio..."

"..... .....

"En síntesis, la confesión extrajudicial probada con testigos no es idónea para acreditar la simulación de un contrato solemne, que consta en escritura pública, por valor mayor de quinientos pesos ($ 500.00), porque admitirla como prueba eficaz equivaldría a eludir las disposiciones de los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887.

"La confesión extrajudicial que el señor Juez del primer grado tuvo en cuenta para declarar la simulación del contrato contenido en la escritura número 1014 citada, se encuentra acreditada con prueba testimonial: las declaraciones de Delfín Cubillos, Hernando Rojas y Olimpo González.

"..... .....

"Quedan, por consiguiente, como medios de convicción, los indicios atrás relacionados, con los cuales el juzgador a-quo complementó la prueba de confesión extrajudicial que obra en autos. Como tal confesión es ineficaz, aquellos indicios no la complementan, y ellos solos tampoco son eficaces como prueba de la simulación entre las partes".

Respecto al punto b), la sentencia asevera:

"En relación con el segundo contrato considera el Tribunal que al desestimarse la acción de simulación respecto del primero, pierde el actor todo interés jurídico para legalizar su causa en la acción intentada para la declaración de simulación del contrato celebrado entre Diógenes Manchola e Isidro Quintero Polanía. En este contrato el demandante no fue parte y su interés sólo podría explicarse al prosperar la demanda de simulación de la compraventa que él celebró con su hijo Diógenes, para reivindicar de un tercero los bienes enajenados por el comprador".

LA ACUSACION

Dos cargos se hacen contra la sentencia: el primero, por error de hecho evidente, y, el segundo, por error de derecho.

PRIMER CARGO. "Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial —dice la demanda— acuso el fallo recurrido por haber dejado de apreciar determinadas pruebas que establecen de manera evidente que los contratos de compraventa que han sido acusados de ser simulados lo son realmente, por lo que el Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto que lo llevó a la violación del artículo 1766 del Código Civil, por falta de aplicación.

"Con efecto: El Tribunal se limitó a decir que la confesión extrajudicial que el Juez de primera instancia tuvo en cuenta para declarar la simulación del contrato contenido en la escritura número 1014 no es prueba idónea para ameritar tal hecho, pero dejó de tener en cuenta otras pruebas que lo establecen de manera evidente".

Relaciona el recurrente las pruebas que según él dejó de "apreciar" el Tribunal y que de "manera evidente" prueban la simulación.

Son esas pruebas: copias auténticas tomadas del juicio de liquidación provisional de la sociedad conyugal propuesta por Benicia Andrade de Manchola contra Antonio Manchola que terminó ordenando la liquidación provisional de los bienes; la escritura número 1014 por la cual Antonio Manchola aparece vendiéndole a su hijo legítimo Diógenes Manchola Andrade los bienes allí detallados; la copia del testamento abierto otorgado por Antonio Manchola el 26 de agosto de 1958, en que reafirma que el contrato contenido en la escritura tantas veces citada, es simulado y que las afirmaciones hechas en la demanda son ciertas; las posiciones absueltas por Diógenes Manchola en que acepta que Antonio Manchola continuó en la posesión de los bienes vendidos; las declaraciones rendidas por Francisco Alarcón, Juan de Dios Lozada, Marcelino Fierro, Pedro Alarcón, Angel María Lasso y Germán Trujillo; las partidas de matrimonio de Antonio Manchola con Benicia Andrade y de nacimiento de Diógenes Manchola Andrade, que establecen el parentesco entre vendedor y comprador; y, las declaraciones de Olimpo González, Hernando Rojas y Delfín Cubillos.

"Para el recurrente, 'todas estas pruebas, que el Tribunal sentenciador no tomó en cuenta al dictar el fallo recurrido, establecen de manera evidente una serie de indicios graves, precisos, y conexos entre sí, como son el peligro en que estaba Antonio Manchola de perder sus bienes por el juicio que le estableció su mujer, haberle hecho escritura de venta a persona de toda su confianza como era su propio hijo legítimo, ser éste persona muy pobre y haber permanecido el supuesto vendedor con la posesión material de los bienes, además de la confesión extrajudicial que hizo Diógenes de que la venta fue aparente, indicios que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, que el contrato de venta que aparece en la escritura número 1014 es simulado, por lo que ha debido el Tribunal decretar las súplicas de la demanda, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 665 del Código Judicial y 1766 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

El Tribunal no hizo singular estudio de cada una de las pruebas que el recurrente cita "como dejadas de tener en cuenta" por el sentenciador; pero de allí no se deduce el error postulado, porque los fundamentos para no declarar la simulación pretendida, encuentran razón en que cuando se trata de demostrar entre las partes la simulación de un contrato mayor de quinientos pesos, no es posible hacerlo por testigos, sino por los medios establecidos por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887. Y como el fallador no encontrara que las probanzas aducidas al juicio, fueran las que la ley determina como hábiles para tales casos, al ver la prueba la rechazó, por ineficaz para acreditar la simulación del acto de voluntad contenido en la escritura pública número 1014, antes referida.

SEGUNDO CARGO. Se formula por error de derecho, en los siguientes términos: "... al dejar de admitir como prueba idónea para establecer la simulación cuya declaración se pide en este juicio la prueba de confesión, error que llevó al Tribunal a violar, por falta de aplicación, el mismo artículo 1766 del Código Civil".

"La jurisprudencia admite, dice el recurrente, la prueba de confesión, sea judicial o extrajudicial, porque no la ha limitado a la primera, como medio idóneo para que la parte interesada establezca la existencia del acto oculto y su prevalencia sobre el aparente".

Y en seguida afirma:

"Esta confesión de parte del denunciado Diógenes Manchola, hecha ante tres personas (se refiere a los testigos Olimpo González, Hernando Rojas y Delfín Cubillos), es plena prueba de que el contrato de venta que se hizo constar en la escritura número 1014 es simulado, ya que no queda duda acerca de la confesión misma (artítulo 608 del Código de Procedimiento Civil)".

SE CONSIDERA:

1º Cuando entre los contratantes se discute simulación y, el convenio ostensible se hizo constar por escrito, por obligación legal o por voluntad de las partes, las pruebas para obtener la prevalencia del acto oculto sobre el disimulado, no pueden ser otras que la confesión, la contraprueba literal de la voluntad auténtica, o un principio de prueba por escrito, completado por testigos, presunciones o indicios, porque el destino de tales pruebas es hacer desaparecer el

presunto contenido de verdad atribuído por la ley a los actos jurídicos a que se refiere el artículo 91 de la citada Ley 153, para cuyo caso, en busca de la mayor certeza posible, se exigen pruebas de calidad equiparable a la que se pretende destruír.

2º Puede la confesión extrajudicial tener hasta mérito de plena prueba para demostrar la simulación de actos solemnes o mayores de quinientos pesos, si para establecerla no se recurre a medios que la ley inhabilita para acreditar la obligación misma, porque por semejante camino, se daría por bueno lo que la ley busca prohibir. Sería infringir el ordenamiento que no admite la prueba testifical para acreditar obligaciones de las dichas, y admitirla para demostrar la declaración confesoria extrajudicial que probaría ese mismo hecho.

3º La confesión extrajudicial hecha ante juez no competente, por la naturaleza del negocio, excluye la duda sobre la confesión misma, por eso, puede llegar hasta tener el carácter de plena prueba a juicio del Juez, o puede considerarse como equivalente al principio de prueba por escrito, si se completa por otros medios reconocidos por la ley; pero, por la confesión extrajudicial producida en otras circunstancias no pueden concretarse obligaciones que la ley prohibe establecer por prueba testimonial.

De admitir que con la prueba de testigos puede fijarse la confesión extrajudicial, habría que concluír su idoneidad con relación al principio de prueba por escrito proveniente del obligado. No sería lógico, ni la interpretación doctrinal armónica, si para un caso, el de la confesión extrajudicial, se acepta la prueba oral de testigos, y para el otro, el del principio de prueba por escrito, esa prueba no sea pertinente. En este último supuesto, se ve muy claramente la imposibilidad de aceptarla, pues el principio de prueba por escrito ha de examinarse en su contenido material para saber si proviene del obligado y si hace verosímil el hecho litigioso, lo cual sólo se lograría con la aducción al juicio de lo que la ley entiende por principio de prueba por escrito. Si este no se presenta, huelga la prueba testimonial que aquella presencia supone y subordina. Se ve entonces cómo la prueba testimonial no podría aseverar el principio de prueba y, por tanto, tampoco la declaración confesoria extrajudicial, porque aun a riesgo de repetir, no habría por qué rechazarla en un caso y aceptarla en otro.

4º El texto del artículo 608 del Código Judicial deja al "juicio del Juez" la apreciación de la confesión extrajudicial. La Corte no puede reemplazar o corregir esa valoración en sí misma, puesto que se trata de la convicción del sentenciador, salvo error evidente de hecho o el error de derecho; pero no es posible el error de derecho cuando el juzgador, con apoyo en la norma respectiva, niega el valor de la prueba, por falta de idoneidad en el medio que la acredita.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, de veintidós de febrero de mil novecientos sesenta, en el juicio ordinario propuesto por Antonio Manchola contra Diógenes Manchola y otros, sobre simulación de unos contratos.

No se causaron costas.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

El Secretario,

Ricardo Ramírez L.

SUCESION

El título y el modo. La etapa de indivisión. Partición de los bienes. La partición es atributiva no declarativa de dominio. La hijuela de adjudicación como justo título para usucapir. Registro de la hijuela. Su objeto. El derecho de herencia vinculado a cuerpo cierto, como objeto lícito de compraventa. Protección de los intereses de terceros por la escritura pública exigida ad substantiam para la celebración de la compraventa de inmuebles. A pesar de que en la escritura se lea que el precio fue pagado, subsiste sin embargo la acción resolutoria, pero no frente a terceros adquirentes de buena fe.

1. En el testamento o la ley se encuentra el título de quienes son llamados a recoger la herencia, abierta y por lo general deferida al asignatario desde el mismo momento de fallecer el causante. En tanto que la sucesión por causa de muerte es el modo que, como la ocupación, la accesión, la tradición o la prescripción, tiene de suyo virtualidad jurídica para adquirir el dominio. Sólo que por no tratarse en la herencia de una cosa singular sino de una comunidad universal, el proceso adquisitivo no se realiza de una vez como en la tradición, sino que es preciso satisfacer los requerimientos legalmente adecuados para liquidar la universalidad y hacer la distribución de bienes entre los copartícipes, lo cual exige un lapso más o menos dilatado en el tiempo.

La etapa de la indivisión está sin embargo destinada al olvido en el campo jurídico, como si nunca hubiera existido, por cuanto hecha la división de lo que a título universal o singular se poseía proindiviso, 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, o haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión (779 y 1401 C. C.).

En la comunidad universal se trasmiten así por modo posesorio directo e inmediato en lo jurídico del causante al heredero los bienes comprendidos en la respectiva hijuela. De ahí que el título perfeccionado por la liquidación hereditaria reciba el calificativo de justo para la posesión regular conducente a la usucapión, cuando es confirmado por la sentencia judicial de adjudicación, o los actos legales de partición, en los supuestos de justo título contemplados por el inciso 4º, artículo 765 del Código Civil.

Es obvio que si el dominio de los bienes comprendidos en la hijuela correspondía al difunto, el titular como heredero adquiere la propiedad por virtud exclusiva del modo sucesión por causa de muerte, sin que intervenga para nada, por inconducente y superfluo, otro modo cualquiera de adquirir, la tradición por ejemplo. Como es claro también que si el causante no era el verdadero dueño, la sucesión no puede trasmitir al heredero sino lo que el causante tuviera: la posesión. Pero el sucesor de buena fe tendrá confirmado por la sentencia aprobatoria de la partición, justo título para principiar en él la posesión regular conducente a adquirir el dominio, no por sucesión y menos aún por tradición, pero sí por usucapión; para lo cual, además, puede añadir la posesión de su antecesor a la suya, caso en que "se la apropia con sus calidades y vicios" (778 C. C.).

Si, pues, la sentencia de adjudicación y los actos legales de partición limitan su efecto a declarar que sobre los bienes que le fueron atribuídos al asignatario adquirió el dominio por sucesión a causa de muerte, se sigue por corolario que el registro tiene por objeto cancelar la inscripción que radicaba en el causante para

colocarla en cabeza del asignatario como actual titular del dominio por sucesión mortis causa, **y de ninguna manera por tradición u otro alguno de los modos de adquirir el dominio.**

2. El derecho de herencia es objeto lícito de compraventa, y por la jurisprudencia está admitido que puede cederse con vinculación a determinadas cosas hereditarias. Es así como si al cedente se le atribuyen en la partición precisamente los bienes a que vinculó en la venta el derecho hereditario, la adjudicación no hace otra cosa que perfeccionar, no por tradición sino por sucesión, para la fecha de la muerte del causante, el derecho adquirido por el cesionario. De otra manera habría de mirarse el contrato como venta de cosa ajena (1401 C. C.).

3. La escritura exigida ad substantiam **para la celebración de la compraventa de inmuebles, protege por razones de orden público los intereses de terceros, que permanecen garantidos por el mérito probatorio pleno de las actas notariales.**

Es por la fe pública como se encuentra mandado que "si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura", como requisito indispensable para que haya acción contra terceros poseedores (1934 C. C.).

Por manera que si entre las partes cabe el ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago del precio, a pesar de que en la escritura se lea que el vendedor lo declaró recibido, es indiscutible que frente a terceros adquirentes de buena fe, la prosperidad de la resolución contractual no produce ningún efecto. Para que la sentencia disolvente del contrato llegara a perjudicarlos, sería preciso que se fundara en condición resolutoria expresa o tácita por mandato de ley, por ello conocida del adquirente, quien por actuar a sabiendas no podría invocar buena fe. Mas si en forma expresa y terminante el vendedor declara recibido el precio en la escritura, es ostensible que para terceros adquirentes no hay incidencia posible de resolución de su derecho por esa causa, mientras no se les pruebe plenamente que en concreto fueron sabedores de que en verdad el precio no fue pagado en todo o en parte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, cinco (5) de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Por escritura número 22 otorgada el 21 de enero de 1943 en la Notaría 2ª de Neiva, Efraín Perdomo le vendió a Jorge Saavedra A. derechos de cuota sobre la casa 5-51, 5-57 y 5-67 de la calle 9ª de la misma ciudad de Neiva.

Muerto el comprador, Alfredo y María Inés Saavedra dieron en venta al Presbítero doctor Félix María Polanía sus derechos hereditarios vinculados al inmueble, a razón de $ 10.000.00 cada uno, o sea la totalidad de la cuota del causante avaluada en $ 20.000 en los inventarios sucesorios. Hecha la partición de bienes, tales derechos de $ 10.000 cada uno fueron adjudicados respectivamente a María Inés y Alfredo Saavedra, como consta en la protocolización hecha en la Notaría 1ª de Neiva por escritura número 533 de 18 de agosto de 1950.

Jorge Saavedra había promovido contra Efraín Cruz Perdomo juicio divisorio de la susodicha casa, por lo que en la partición judicialmente decretada y aprobada se les adjudicó a los herederos de Saavedra el lote número 2, determinado como cuerpo cierto, según aparece en la escritura número 753 de 21 de agosto de 1956, Notaría 2ª de Neiva.

Por otro aspecto, sucedió que Efraín Cruz Perdomo introdujo demanda contra los sucesores de Jorge Saavedra y el Presbítero doctor Polanía para que se declarara resuelta por falta de pago del precio la compraventa formalizada por la referida escritura número 22 de 21 de enero de 1943, con súplicas consecuenciales restitutorias. La litis feneció el 22 de agosto de 1957 con pronunciamiento de la Corte no infirmatorio del que con fecha 3 de septiembre de 1955 profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el sentido de declarar resuelta la compraventa por falta de pago de parte del precio, sin que la resolución afectara al Presbítero doctor Polanía, con respecto al cual fueron negadas las súplicas restitutorias, como tercero adquirente de buena fe.

EL LITIGIO

Fallecido el Presbítero doctor Félix María Polanía, uno de sus herederos, el doctor Jesús María Vargas Silva, inició reivindicación para la herencia sobre el lote número 2 de la referida casa en Neiva, y fueron demandados Marco Antonio Cruz Perdomo y Efraín Cruz Perdomo, este último en nombre propio y, además, como curador del primero.

Trabada la litis ante el Juez 1º Civil del Circuito de Neiva, recibió sentencia de primer grado el 22 de septiembre de 1959, con esta resolución:

"1º Declarar que pertenece en dominio pleno a la sucesión del Presbítero Félix Polanía, o a quien sus derechos represente, la casa y lote de la calle 9ª marcadas con el número 5-67 y determinadas especialmente así:...

"2º Condenar a Efraín Cruz Perdomo, por sí y en representación del interdicto Marco Antonio Cruz Perdomo, a restituír a la sucesión del Presbítero Félix María Polanía, o a quien sus derechos represente, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el inmueble a que se refiere la declaración anterior.

"3º Condenar a Efraín Cruz Perdomo a pagar a la sucesión del Presbítero Félix María Polanía, o a quien represente sus derechos, seis días después de ejecutoriado este fallo, el valor de los frutos civiles tasados en $ 120.00 mensuales desde el día 18 de agosto de 1956 hasta que se verifique la entrega del inmueble *sub judice*, o hasta el día del pago si éste se hiciere con anterioridad a la entrega.

"4º Absolver a Marco Antonio Cruz Perdomo en cuanto se le ha demandado para el pago de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble a que se refiere este juicio.

"5º Condénase a Efraín Cruz Perdomo en las costas de este juicio".

La parte vencida abrió por apelación el segundo grado, que terminó con sentencia confirmatoria del 28 de julio de 1960. Y cumple ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación demandado por la misma parte litigante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de relacionar los títulos concernientes al dominio del actor, de entender que a virtud del efecto retroactivo de la partición los derechos que vendieron en abstracto Alfredo y María Inés Saavedra se transformaron desde la fecha del contrato en el lote número 2 como pertenencia singularizada del Presbítero Polanía, y de considerar que la resolución judicial de la venta hecha por Efraín Cruz Perdomo a Jorge Saavedra se produjo cuando ya los bienes habían pasado al Presbítero Polanía como tercera persona y "se había hecho imposible su persecución", añade el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva:

"Alega el apoderado de los demandantes (sic) que el título originario que esgrime el actor fue declarado sin valor por sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia; pero leyendo el fallo de este Tribunal, de fecha 3 de septiembre de 1955, en el ordinario de Efraín Cruz Perdomo contra la sucesión de Jorge Saavedra Arzayús, que no fue casado por la Corte, se llega a conclusión contraria. Dice dicho fallo en uno de sus apartes: 'Lo dicho es suficiente para hacer notar que al Presbítero Félix Polanía, hoy su sucesión, no le afectan las consecuencias de la resolución del contrato de compraventa celebrado entre el demandante y Jorge Saavedra A.'. La honorable Corte recalca sobre la acertada decisión del Tribunal en este punto, pues considera que el Padre Polanía era un poseedor de buena fe a quien no perjudica la resolución del contrato contenido en la escritura número 22 de 1943 a que se ha hecho alusión".

Y más adelante expresa:

"Como arriba se anotó, alega el doctor ... que su representado tiene mejor derecho porque la posesión de éste es anterior a los títulos del actor y cita algunas jurisprudencias de la honorable Corte para respaldar su afirmación.

"Estos argumentos serían valederos si se tratara de otro poseedor que no fuera el mismo que vendió los derechos en la cosa objeto del litigio. Cuando lo vendido son simples derechos, como en el caso de autos, queda cumplida la obligación con la entrega o tradición del derecho mismo mediante el registro de la escritura pública en la oficina respectiva y en el libro correspondiente, con lo cual el comprador queda en posesión de los medios adecuados al ejercicio de los derechos que adquiere.

"Con estos elementos el comprador puede pedir, entre otras cosas, la división material del predio para que se le asigne su porción y así llegar hasta la entrega material. Y esto es lo que ha hecho la parte actora. Tiene determinado su lote en la extinguida comunidad y quiere que se le entregue real y materialmente".

LA IMPUGNACION

El libelo presenta dos aspectos de un mismo cargo por la causal 1ª:

I. "Violación directa de los artículos 779 y 1401 del Código Civil por interpretación errónea y aplicación indebida; de los artículos 1933, 1547, 1548, 1875 por aplicación indebida; de los artículos 740, 741, 745, 749, 751, 752, 1377,

1967, 2610, 21611 (sic) 2657, 2676 por falta de aplicación, y de los artículos 946, 950 y 952, por haber sido aplicados a supuestos de hecho diferentes a los en ellos contemplados. Los artículos 329, 332, del Código Judicial, por falta de aplicación''.

El recurrente razona así:

''Acepta el sentenciador que las adjudicaciones dentro del juicio de sucesión, en el juicio divisorio se hicieron a los herederos de Jorge Saavedra, o sea a los vendedores de Félix M. Polanía; pero dice que esas trasmisiones de dominio se radicaron en el cesionario por razón de haberse otorgado antes la escritura número 526 de 17 de agosto de 1950 en que dichos adjudicatarios dijeron vender al citado Polanía los bienes que luego se les trasmitió (sic) mediante la adjudicación. Es decir, que a pesar de ser titulares propietarios los mismos vendedores del demandante, según las hijuelas, debe considerarse como propietario verdadero al comprador de los derechos herenciales y no al adjudicatario.

''Lo anterior implica el desconocimiento primero, del artículo 765 del Código Civil que dice que son títulos traslaticios o declarativos de dominio las sentencias de adjudicaciones de bienes, y con todo, ubica el dominio en persona distinta del adjudicatario; el desconocimiento del artículo 1377 del mismo Código que declara los efectos inmediatos de la cesión en relación con el cesionario, ya que apenas le otorga derechos para ocupar el lugar del heredero cedente, pero en manera alguna para convertirlo en el heredero mismo, sin que sea necesaria la tradición de los derechos herenciales al cesionario, cuando han sido adjudicados al heredero, porque hace implícita o supuesta dicha tradición con anterioridad, lo que es absurdo; los artículos 779 y 1401 del Código Civil, porque iguala o equipara la cesión de los derechos hereditarios, al mismo acto particional, ya que si bien es verdad que la cesión de derechos hereditarios es la tradición de los mismos y supone la existencia de un título traslaticio de dominio, como compraventa, permuta, donación, lo cierto es que por haberse otorgado no se convierte el cesionario en propietario, si por otra parte, no interviene y obtiene que la tradición de esos derechos se le haga en el acto particional. La partición es la que es declarativa de dominio cuando pone término a la indivisión; la cesión de derechos hereditarios jamás puede tener efectos declarativos. En efecto, de acuerdo con el artículo 2340 la comunidad termina: 1º Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona; 2º Por la destrucción de la cosa común, y 3º Por la división del haber común. Como se ve, este precepto diferencia claramente la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona —donde queda comprendida la cesión de derechos herenciales a uno de los herederos— de la división de la cosa común. Y por si fuera poco, el artículo 2335 del mismo Código hace aplicable a esta división las reglas de la partición de bienes, entre las cuales se encuentra la contenida en el artículo 1401 *ibídem*. Por consiguiente, el Código ha sido lo suficientemente claro para aplicar el efecto declarativo únicamente al caso de la partición, y no en el evento de que se reúnan en manos de uno solo de los indivisarios todas las cuotas, ya que trata separadamente ambas formas de poner término a la división (sic). Entonces por estimar que con la simple cesión antecedente de los derechos herenciales se hacía la trasmisión de lo posteriormente adjudicado al heredero, es por lo que aplica e interpreta indebidamente los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil cuando reconoce que el demandante es propietario y que tiene derecho a reivindicar frente a los demandados.

''Como resultado de considerar que con el efecto declarativo de la partición a favor del cesionario lo convierte en propietario, a pesar de que la tradición (sic) se hizo directamente al heredero, se habla de que no alcanza al demandante como adquirente la declaración de resolución, dándole aplicación a los artículos 1547 y 1548 del Código Civil. El error no está propiamente en haber leído esta declaración en el pronunciamiento de la honorable Corte en el juicio sobre declaración de resolución del citado contrato número 22 de 21 de enero de 1943 de la Notaría 2ª de Neiva, sino en creer que porque se dice que a un adquirente como tercero de buena fe no le alcanzan los efectos de una sentencia de resolución de un contrato determinado, debe tenérsele efectivamente como verdaderamente propietario a quien no lo es. Está bien que como adquirente el demandante no pueda oponerse a la reivindicación que le hubiera promovido Efraín Cruz Perdomo; mas el supuesto contemplado en las disposiciones mencionadas, y en el pronunciamiento dictado por el honorable Tribunal de Neiva, y la honorable Corte Suprema de Justicia, no ha ocurrido, porque en realidad Félix M. Polanía no es propietario de lo enajenado por Efraín Cruz Perdomo, a las voces de los artículos a que me he referido en este cargo. Por consiguiente re-

sultan aplicados indebidamente los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil conforme a los cuales se decretó la reivindicación".

Y recalca la misma idea en el entendimiento de que el dominio se ubicó por *tradición* en los herederos de Jorge Saavedra y no en el Presbítero doctor Polanía, cuya sucesión no puede por ello ser considerada como tercero adquirente de buena fe.

II. Violación de los artículos 740, 741, 742, 745, 747, 749, 750, 752, 756, 757, 759, 765, 779, 1377, 1401, 1967, 2340, 2611, 2637, 2652, 2662 del Código Civil y 328, 329, 342 del Código Judicial, "a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

"El primer error —dice el recurrente— parte de no leer como es, el contenido del instrumento público número 533 de 18 de agosto de 1950 de la Notaría 1ª de Neiva, o sean las hijuelas de Alfredo Saavedra Bustos y María Inés Saavedra Bustos en cuanto aparece que a ellos se les adjudicó directamente un derecho de $ 10.000 a cada uno, de los $ 20.000 en que fue avaluado el derecho del causante en el inmueble materia de la litis. En efecto, porque el demandante adquirió antes de la adjudicación los derechos herenciales de dichos herederos conforme a la escritura número 526 de 17 de agosto de 1950, y porque en un juicio divisorio entre estos herederos y el demandado Efraín Cruz Perdomo, se les adjudicó a dichos herederos, el lote número 2, que corresponde a la parte del inmueble vendida por Cruz Perdomo a Jorge Saavedra, concluye que el propietario es el cesionario Félix M. Polanía, en virtud del efecto declarativo de la partición, porque dice que como se le adjudicó a los herederos el mismo bien por ellos enajenado, entonces la venta produce por sí misma todos sus efectos legales, a virtud del efecto declarativo consagrado en los artículos 779 y 1401 del Código Civil, conforme a los cuales se supone que el adjudicatario ha sido siempre propietario del bien, y por lo tanto ha enajenado un bien propio. Pero la cesión de derechos hereditarios jamás puede tener efecto declarativo, pues el Código hace diferencia claramente entre la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona, a lo cual equivale la cesión de todos los derechos de los herederos en un tercero único, de la división de la cosa común. Por consiguiente, de acuerdo con el mismo artículo 1401 del Código Civil, el efecto declarativo de la partición, no puede aplicarse a la cesión, para darle también dicho significado legal, o sea que la cesión de derecho hereditario, al igual que el acto particional tienen el mismo efecto declarativo, como que la ley solamente lo otorga al caso singular de la partición".

Alude en seguida a los efectos de la cesión de derechos hereditarios, considera que la partición de bienes no radica el derecho del heredero en cabeza del cesionario por ministerio de la ley, y arguye así:

"Nuestro Código condiciona a la tradición la adquisición del derecho real sobre la cosa vendida, especialmente sobre los inmuebles, y si al tiempo de la cesión estaban las cosas hereditarias en poder del cedente, y así continuaron aun hasta después del acto particional; entonces no se ve, cómo por razón de una cesión verificada con anterioridad habiéndose hecho luego la tradición al heredero y no al cesionario, pueda considerarse propietario al último, sin haber modificado antes dicho acto particional".

Insiste en estas consideraciones para agregar después:

"... el sentenciador cometió error de hecho al leer en los títulos relacionados en la misma sentencia, que acreditan el dominio del demandante, cuando con ellos se acreditaba que la propiedad continuaba ubicada en los herederos, siendo así que el cesionario no había tomado en el juicio de sucesión donde se hicieron las adjudicaciones, el lugar correspondiente al heredero, y a lo cual tenía derecho, por razón y efectos de la cesión; y llegó hasta considerar, que la hijuela realizada a favor de los herederos de Jorge Saavedra, dentro del juicio divisorio, debía entenderse a favor del cesionario, sin que hubiera tenido lugar realmente de acuerdo con el contenido mismo de esas hijuelas que dicen cómo la tradición continuó haciéndose, tal como se hizo en el juicio de sucesión, directamente a favor de los herederos del que se consideraba titular propietario conforme a la escritura número 22 de 21 de enero de 1943 de la Notaría 2ª de Neiva".

Se extiende a estos respectos y prosigue:

"Leídos erróneamente esos títulos por consecuencia de una interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 779 y 1401 del Código Civil, naturalmente se les reconoció un valor que no les correspondía, se les dio un valor diferente al que tenían conforme a los artículos 601, 603, 632, 635 del Código Judicial y 1759 del Código Civil, ya que no acreditaban el dominio reconocido en la sentencia.

"Sobre esos errores de hecho y de derecho tenía como es obvio que desconocerse el derecho de la parte demandada, decretarse un derecho que no existía, el de propiedad a favor del Presbítero Félix M. Polanía, hoy su sucesión demandante".

En el mismo orden de ideas, dice nuevamente el libelo:

"Como se ve, el error del sentenciador ha partido de que al examinar los títulos de la parte actora, ha deducido un dominio indebidamente a su favor, cuando realmente lo tienen aún los sucesores del comprador Jorge Saavedra, o sean sus herederos Alfredo Saavedra y María Inés Saavedra B., porque los dos actos particionales, el de la sucesión, y el del juicio divisorio, les otorgaron ese dominio con prescindencia del adquirente de derechos herenciales, el Presbítero doctor Félix M. Polanía. Naturalmente sobre el error de considerar propietario, a quien no lo es, se han aplicado los artículos 1930, 1547 y 1548 del Código Civil para dejar sin efectos la resolución decretada contra el título número 22 de 21 de enero de 1943 de la Notaría 2ª de Neiva.

"Es evidente que de acuerdo con la sentencia de la honorable Corte y del honorable Tribunal de Neiva la resolución no debía alcanzar a los adquirentes de buena fe; que por ese motivo, se reconoció el derecho del vendedor contra los herederos de Jorge Saavedra para reclamar el valor comercial de los bienes enajenados por Efraín Cruz Perdomo, por haberse considerado propietario o adquirente a quien no lo era. Pero como en el presente juicio, la prueba prevaleciente para el reconocimiento de la reivindicación impetrada, es el dominio, y corresponde darla al demandante según el artículo 1757 del Código Civil, esto quiere decir, que si no existe no hay lugar a la declaración respectiva de reconocimiento, y menos a la restitución, ya que el supuesto sobre que descansa la acción, es que quien la postula acredite legalmente la propiedad".

Una vez más insiste en argumentos de la misma índole, y agrega:

"En conclusión el honorable Tribunal violó los citados artículos 946, 950, 951 y 952 sobre las acciones para recuperar la posesión, los artículos sobre los efectos de la resolución y cesión 1932, 1933, 1377, 1547, 1548, 1857, 1967, 2340 sobre terminación de la comunidad, 2611 sobre cancelación de títulos de dominio, 2673, 2652, 2662 sobre el registro y sus consecuencias legales; y los artículos 328, 329 y 332 del Código Judicial sobre el deber de reconocer que no existe la acción propuesta. Todo como consecuencia de no haber leído los títulos presentados por la parte demandante, por no haberles dado el valor legal que les correspondía conforme al Código Judicial y el artículo 1759 del Código Civil sobre el mérito de los instrumentos públicos".

CONSIDERA LA CORTE:

1. En el testamento o la ley se encuentra el *título* de quienes son llamados a recoger la herencia, abierta y por lo general deferida al asignatario desde el mismo momento de fallecer el causante. En tanto que la sucesión por causa de muerte es el *modo* que, como la ocupación, la accesión, la tradición o la prescripción, tiene de suyo virtualidad jurídica para adquirir el dominio. Sólo que por no tratarse en la herencia de una cosa singular sino de una comunidad universal, el proceso adquisitivo no se realiza de una vez como en la tradición, sino que es preciso satisfacer los requerimientos legalmente adecuados para liquidar la universalidad y hacer la distribución de bienes entre los copartícipes, lo cual exige un lapso más o menos dilatado en el tiempo.

2. La etapa de la indivisión está sin embargo destinada al olvido en el campo jurídico, como si nunca hubiera existido, por cuanto hecha la división de lo que a título universal o singular se poseía proindiviso, 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, o haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión. (779 y 1401 C. C.).

3. En la comunidad universal se transmiten así por modo sucesorio directo e inmediato en lo jurídico del causante al heredero los bienes comprendidos en la respectiva hijuela. De ahí que el *título* perfeccionado por la liquidación hereditaria reciba el calificativo de *justo* para la posesión regular conducente a la usucapión, cuando es confirmado por la sentencia judicial de adjudicación o los actos legales de partición, en los supuestos de *justo título* contemplados por el inciso 4º, artículo 765 del Código Civil.

Es obvio que si el dominio de los bienes comprendidos en la hijuela correspondía al difunto, el titular como heredero adquiere la propiedad

por virtud exclusiva del modo sucesión por causa de muerte, sin que intervenga para nada, por inconducente y superfluo, otro modo cualquiera de adquirir, la tradición por ejemplo. Como es claro también que si el causante no era el verdadero dueño, la sucesión no puede trasmitir al heredero sino lo que el causante tuviera: la posesión. Pero el sucesor de buena fe tendrá confirmado por la sentencia aprobatoria de la partición, *justo título* para principiar en él la posesión regular conducente a adquirir el dominio, no por sucesión y menos aún por tradición, pero sí por usucapión; para lo cual, además, puede añadir la posesión de su antecesor a la suya, caso en que "se la apropia con sus calidades y vicios". (778 C. C.).

4. Si, pues, la sentencia de adjudicación y los actos legales de partición limitan su efecto a declarar que sobre los bienes que le fueron atribuídos al asignatario adquirió el dominio por sucesión a causa de muerte, se sigue por corolario que el registro tiene por objeto cancelar la inscripción que radicaba en el causante para colocarla en cabeza del asignatario como actual titular del dominio por sucesión *mortis causa,* y de ninguna manera por tradición u otro alguno de los modos de adquirir el dominio.

5. El derecho de herencia es objeto lícito de compraventa, y por la jurisprudencia está admitido que puede cederse con vinculación a determinadas cosas hereditarias. Es así como si al cedente se le atribuyen en la partición precisamente los bienes a que vinculó en la venta el derecho hereditario, la adjudicación no hace otra cosa que perfeccionar, no por tradición sino por sucesión, para la fecha de la muerte del causante, el derecho adquirido por el cesionario. De otra manera habría de mirarse el contrato como venta de cosa ajena. (1401 C. C.).

6. La escritura exigida *ad substantiam* para la celebración de la compraventa de inmuebles, protege por razones de orden público los intereses de terceros, que permanecen garantizados por el mérito probatorio pleno de las actas notariales.

Es por la fe pública como se encuentra mandado que "si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura", como requisito indispensable para que haya acción contra terceros poseedores. (1934 C. C.).

Por manera que si entre las partes cabe el ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago del precio, a pesar de que en la escritura se lea que el vendedor lo declaró recibido, es indiscutible que frente a terceros adquirentes de buena fe, la prosperidad de la resolución contractual no produce ningún efecto. Para que la sentencia disolvente del contrato llegara a perjudicarlos, sería preciso que se fundara en condición resolutoria expresa o tácita por mandato de ley, por ello conocida del adquirente, quien por actuar a sabiendas no podría invocar buena fe. Mas si en forma expresa y terminante el vendedor declara recibido el precio en la escritura, es ostensible que para terceros adquirentes no hay incidencia posible de resolución de su derecho por esa causa, mientras no se les pruebe plenamente que en concreto fueron sabedores de que en verdad el precio no fue pagado en todo o en parte.

7. Muestra el actual litigio que en la escritura pública número 22 de 21 de enero de 1943, Notaría 2ª de Neiva, se encuentra consignada la declaración inequívoca de que Efraín Cruz Perdomo recibió el precio en que le vendió a Jorge Saavedra su derecho de cuota sobre el inmueble a que el pleito se refiere. Tal compraventa antecede y respalda la cesión que de sus derechos vinculados a esa misma cuota hicieron en favor del Presbítero doctor Félix María Polanía los herederos de Jorge Saavedra: Alfredo y María Inés Saavedra. De manera que si por consecuencia de la sucesión respectiva y del juicio divisorio sobre el inmueble, les fue adjudicado como cuerpo cierto el lote número 2, ello apenas significa que se concretó y perfeccionó el derecho adquirido por el Presbítero doctor Polanía, y de ninguna manera que la compraventa que celebró con María Inés y Alfredo resultara hecha al vacío, nada más que por la circunstancia extrínseca de que nominalmente aparezcan en las hijuelas por derechos que ya habían enajenado.

Y si ostensiblemente no había condición en el título del causante, es obvio que la sentencia resolutoria entre las partes, por falta de pago del precio, no afectó en nada la titularidad del Presbítero doctor Polanía, como así fue definido y fallado desde entonces en el mismo acto jurisdiccional, tanto por el Tribunal Superior de Neiva como por esta Suprema Corte.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 28 de julio de 1960 proferida en el

presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INTERES PARA RECURRIR EN CASACION Y ALCANCE DEL AUTO QUE ADMITE EL RECURSO

1. Si el interés es el supuesto de toda pretensión deducida en juicio, hasta el punto de no concebirse acción sin un interés, ya de orden económico, ya de orden moral, que la sustente, no escapa al rigor de este imperativo el recurso extraordinario de casación. El que, si bien tiene como principal fin el de unificar la jurisprudencia nacional, sin embargo no se mueve a ese superior resultado, en cada caso concreto, sino por el impulso del interés particular del litigante o litigantes a quienes la sentencia de segunda instancia haya sido desfavorable en algún sentido. Lo que se corresponde a cabalidad con la misión del poder jurisdiccional, constituído como está, primordialmente, para declarar el derecho, impartiendo justicia, en las contraposiciones y pugnas de los intereses humanos, jurídicamente considerados.

Es así como uno de los maestros del procesalismo contemporáneo enseña en punto de casación, lo siguiente: "La legitimación (legitimatio ad causam) activa y pasiva es, para el recurso de casación, como en general para todos los medios de impugnación, un requisito difícilmente separable del requisito del interés; en efecto, para establecer qué personas están legitimadas en casación, no se puede detener a investigar la simple calidad de 'parte', sino que es necesario también, para establecer a qué parte respectivamente pertenece la legitimación activa o pasiva, referirse al requisito de haber sido vencida, lo cual, como puede ser considerado desde el punto de vista del interés, también puede considerarse desde el punto de vista de la legitimación, como cualidad integrante de este concepto. Teniendo presente esta inseparabilidad de los dos conceptos, podemos decir que en el recurso de casación la legitimación en general compete a las personas que han sido partes en el juicio del mérito; y en particular la legitimación activa compete a la parte vencida, y la pasiva a la parte vencedora" (Calamandrei, Casación Civil, Nº 23, pág. 69, traducción Sentís Melendo-Ayerra Redín).

Quiere decir que en el recurrente en casación debe haber un interés real para que se infirme la sentencia acusada, por resultarle de ésta o una condenación o un demérito de su situación de derecho preexistente o un estado de incertidumbre jurídica. Es decir que ese interés ha de significarle al recurrente el beneficio de evitarse un daño o riesgo actual de daño, si obtiene la infirmación del fallo recurrido.

Tratándose del demandado, bien puede suceder que, no obstante su posición de tal, no sufra perjuicio alguno con la prosperidad de la demanda, como en el caso de que, habiendo varios demandados, la sentencia sólo sea desfavorable para unos y deje incólumes a los demás, por lo cual los últimos, a pesar de ser partes en la causa, no siendo los sujetos llamados a sufrir la condena, responsabilidad o situación establecidas en el pronunciamiento, es decir, no resultando constituídos en los sujetos pasivos de la relación jurídica que el fallo consagra, quedan desprovistos de interés y de legitimación para alzarse o pronunciarse contra el mismo.

Es así doctrina constante de la Sala, como puede verse de sus pronunciamientos de 14 de junio de 1940, XLIX, pág. 517; 27 de septiembre de 1946, LXII, pág. 42; y 18 de marzo de 1954, LXXVII, pág. 107, que "el interés indispensable para recurrir en casación puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio... porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente".

2. El auto admisorio del recurso de casación, es un proveído preparatorio, cuya ejecutoria formal no liga a la Corte, quien, por lo tanto, si en el momento de decidir en definitiva encuentra que el recurso no reúne los requisitos indispensables, puede apartarse de aquella providencia preliminar y dictar sentencia, desechan-

do la casación, por no ser procedente (en este orden de ideas, véanse las sentencias de Casación Civil de 30 de noviembre de 1951, LXX, pág. 850 y de 1º de marzo de 1954, LXXVII, pág. 51).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y seis de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Pedro Antonio Rodríguez, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 23 de mayo de 1959, en el juicio ordinario seguido por Alfonso Tocancipá Baena y otros frente a Campo Elías Lombana y otros.

I

ANTECEDENTES

En la ejecución que, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá, adelantó Campo Elías Lombana contra los esposos María Tulia Sierra de Riaño y Carlos Riaño, y muerto el último, pendiente la lite, contra sus herederos llamados Virginia Susana, Ana Ligia y Raúl, y en que se hizo parte como tercerista el señor Pedro Antonio Rodríguez, ocurrieron los siguientes hechos:

Que por medio de sentencia de 15 de abril de 1944, proferida por el Tribunal Superior en vía de apelación, reformatoria de la de pregón y remate y que dictara el Juez del conocimiento, se dispuso que con el producto de los bienes perseguidos fueran pagados: a) Las costas causadas en interés general de los acreedores; b) El crédito de Lombana, con deducción de la cantidad de $ 340.00 que en excepciones se declaró cubierta como buena cuenta del mismo; y c) El crédito del tercerista Pedro A. Rodríguez;

Que por auto de 26 de febrero de 1953, se señaló, para efectuar el remate de los inmuebles embargados, el 23 de abril subsiguiente;

Que los avisos para la subasta se fijaron el día 15 del referido mes de abril, fecha en que se libró, con el mismo fin, despacho comisorio al Juez Municipal de Quipile, por estar ubicados allí los inmuebles sujetos a la traba ejecutiva;

Que, por lo mismo, los avisos fijados el 15 de abril, sólo lo fueron con ocho días de anticipación al 23 del mismo mes, señalado para la subasta pública, en que ésta se llevó a cabo, con el desenlace de que los bienes licitados se le adjudicaron al propio ejecutante Campo Elías Lombana;

Que, en la misma fecha del remate, las señoras María Tulia Sierra v. de Riaño en su propio nombre y en el de sus hijos Ana Ligia y Raúl Riaño, menores de edad, y Virginia Susana Riaño de García manifestaron al Juzgado, por escrito formalmente presentado, que, de acuerdo con el acreedor rematante y con el tercerista, habían efectuado la liquidación de los créditos y recibido de manos del rematante el saldo correspondiente, por lo cual pedían la aprobación del remate. En análogo sentido se pronunció el tercerista Pedro Antonio Rodríguez, quien, en memorial personalmente presentado el día 27 del propio mes, dijo: "...en mi condición de tercerista, en el juicio de la referencia, respetuosamente manifiesto que he recibido del rematador señor Campo Elías Lombana y de acuerdo con los ejecutados, el valor total de la tercerista (sic) conforme a las liquidaciones practicadas por su despacho y por consiguiente, declaro cancelado el correspondiente crédito".

II

EL LITIGIO

1. Con base en el hecho de que los avisos para tal remate no fueron fijados con la anterioridad de veinte días que exige la ley, y fundándose en los artículos 451, ordinal 2º, 457, inciso 2º, 1037 y 1038 del Código Judicial, el doctor Alfonso Tocancipá Baena, en su propio nombre y como mandatario de María Tulia Sierra v. de Riaño, del menor Raúl Riaño Sierra, legalmente representado por ésta, y del señor Joaquín María Cabra, el primero o sea Tocancipá Baena y el último o sea Cabra como cesionarios de derechos de la viuda de Riaño al tenor de la escritura número 3493 de 24 de septiembre de 1953, de la Notaría 8ª de Bogotá, demandó a todas las demás personas que intervinieron en el sobredicho juicio ejecutivo, o sea al ejecutante Lombana, al tercerista Rodríguez y a las ejecutadas Virginia Susana y Ana Ligia Riaño, para que en juicio ordinario se declare:

Ser nulo el mencionado remate; que, en esta virtud, los bienes que fueron objeto del mismo pertenecen a la sociedad conyugal que se formó por el matrimonio de Carlos Riaño y María Tulia Sierra, disuelta por la muerte de aquél e ilí-

quida; que, en consecuencia, se condene al rematante Lombana a restituír a la mencionada sociedad conyugal ilíquida, tanto los bienes por él subastados, como los frutos naturales y civiles que hayan producido o podido producir, con mediana inteligencia y actividad, desde la fecha de la contestación de la demanda hasta el día de la restitución; que, por lo tanto, se ordene la cancelación del registro de tal remate y de su auto aprobatorio; y que se impongan a los demandados, solidariamente, las costas del proceso.

2. Sin contestación de la demanda, surtiose la primera instancia del juicio que concluyó con fallo del Juez 1º Civil del Circuito de Facatativá, por el cual se absolvió a los demandados de los cargos contra ellos deducidos y se condenó en costas a los actores.

3. Por apelación de éstos, abriose la segunda instancia a que recayó la sentencia del Tribunal Superior, de fecha 23 de mayo de 1959, por la cual se REVOCA la de primer grado y, en su lugar, se resuelve:

"Primero. Declárase nulo el remate de bienes verificado por don Campo Elías Lombana el día veintitrés de abril de mil novecientos cincuenta y tres, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, en el juicio ejecutivo que siguió dicho señor Lombana contra los señores María Tulia Sierra de Riaño y Carlos Riaño, después sus herederos.

"Segundo. Los bienes objeto del remate, e identificados como aparece en el acta respectiva, quedan por consiguiente perteneciendo a la sociedad conyugal que formaron don Carlos Riaño y doña María Tulia Sierra v. de Riaño, representada hoy por esta última como cónyuge sobreviviente, por los señores Alfonso Tocancipá y Joaquín María Cabra como cesionarios de parte de los derechos de la primera, conforme a escritura pública número 3493 de 24 de septiembre de 1953 de la Notaría Octava de esta ciudad; y por Virginia Riaño de García, Ana Ligia y Raúl Riaño, como herederos de don Carlos Riaño, en su condición de hijos legítimos.

"Tercero. El señor Campo Elías Lombana queda obligado a restituírle a la citada sociedad conyugal ilíquida, representada como antes se dijo, y una vez ejecutoriada esta providencia, los bienes sobre que versa la declaración de nulidad, junto con los frutos naturales y civiles producidos y que hayan podido producir con mediana inteligencia y cuidado, desde la notificación de la demanda hasta cuando haga la restitución.

"Cuarto. Los representantes de la sociedad conyugal ilíquida Riaño-Sierra, individualizados como se deja antes expresado, están obligados a entregarle a don Campo Elías Lombana, dentro del mismo término, las sumas que éste pagó como precio de los bienes subastados, junto con sus intereses a la rata estipulada para las obligaciones que se persiguieron en el juicio ejecutivo; y a pagarle el valor de las mejoras que éste acredite haber puesto en tales bienes, y como poseedor de buena fe. Los intereses se refieren al mismo tiempo corrido desde la demanda a la fecha del pago.

"Quinto. El señor Campo Elías Lombana goza del derecho de retener en su poder los inmuebles por restituír, hasta cuando le fueren pagadas las sumas de que se habla en el ordinal inmediatamente anterior.

"Sexto. Decrétase la cancelación, tanto del registro del remate que se anula y de su auto aprobatorio, como de la demanda con que se promovió este juicio; y

"Séptimo. No hay costas".

4. Conformáronse tácitamente con esta sentencia todos cuantos fueron parte en este juicio, a excepción del tercerista demandado señor Pedro Antonio Rodríguez, quien interpuso contra ella el recurso de casación, motivo por el cual el negocio se halla al estudio de la Corte.

III

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Seis cargos formula el recurrente, de los cuales los cinco primeros se relacionan con la causal primera de casación, y el último con la segunda; pero, no es el caso de penetrar en el estudio de los mismos, en atención a las consideraciones siguientes:

1. Si el interés es el supuesto de toda pretensión deducida en juicio, hasta el punto de no concebirse acción sin un interés, ya de orden económico, ya de orden moral, que la sustente, no escapa al rigor de este imperativo el recurso extraordinario de casación. El que, si bien tiene como principal fin el de unificar la jurisprudencia nacional, sin embargo no se mueve a ese superior resultado, en cada caso concreto, sino por el impulso del interés particular del litigante o litigantes a quienes la sentencia de segunda instancia haya sido desfavorable en algún sentido. Lo que se corresponde a cabalidad con la misión del poder jurisdiccional, constituído como

está, primordialmente, para declarar el derecho, impartiendo justicia, en las contraposiciones y pugnas de los intereses humanos, jurídicamente considerados.

Es así como uno de los maestros del procesalismo contemporáneo enseña en punto de casación, lo siguiente: "La legitimación (legitimatio ad causam) activa y pasiva es, para el recurso de casación, como en general para todos los medios de impugnación, un requisito difícilmente separable del requisito del interés; en efecto, para establecer qué personas están legitimadas en casación, no se puede detener a investigar la simple calidad de 'parte', sino que es necesario también, para establecer a qué parte respectivamente pertenece la legitimación activa o pasiva, referirse al requisito de *haber sido vencida,* lo cual, como puede ser considerado desde el punto de vista del interés, también puede considerarse desde el punto de vista de la legitimación, como *cualidad* integrante de este concepto. Teniendo presente esta inseparabilidad de los dos conceptos, podemos decir que en el recurso de casación la legitimación en general compete a las personas que han sido *partes* en el juicio del mérito; y en particular la legitimación activa compete a la parte *vencida,* y la pasiva a la parte *vencedora*" (Calamandrei, Casación Civil, Nº 23, pág. 69, traducción Sentís Melendo-Ayarra Redín).

Quiere decir que en el recurrente en casación debe haber un interés real para que se infirme la sentencia acusada, por resultarle de ésta o una condenación o un demérito de su situación de derecho preexistente o un estado de incertidumbre jurídica. Es decir que ese interés ha de significarle al recurrente el beneficio de evitarse un daño o riesgo actual de daño, si obtiene la infirmación del fallo recurrido.

2. Tratándose del demandado, bien puede suceder que, no obstante su posición de tal, no sufra perjuicio alguno con la prosperidad de la demanda, como en el caso de que, habiendo varios demandados, la sentencia sólo sea desfavorable para unos y deje incólumes a los demás, por lo cual los últimos, a pesar de ser partes en la causa, no siendo los sujetos llamados a sufrir la condena, responsabilidad o situación establecidas en el pronunciamiento, es decir, no resultando constituídos en los sujetos pasivos de la relación jurídica que el fallo consagra, quedan desprovistos de interés y de legitimación para alzarse o pronunciarse contra el mismo.

Es así doctrina constante de la Sala, como puede verse de sus pronunciamientos de 14 de junio de 1940, XLIX, pág. 517; 27 de septiembre de 1946, LXII, pág. 42; y 18 de marzo de 1954, LXXVII, pág. 107, que "el interés indispensable para recurrir en casación puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio... porque *la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente*".

3. Debe, pues, la Sala ocuparse ante todo de verificar si en el impugnante Pedro Antonio Rodríguez se cumple el presupuesto del interés para recurrir, pues de faltar este requisito *sine qua non,* ello sería suficiente para desechar la censura, sin que a semejante resultado pueda ser óbice el hecho de que se hubiera declarado admisible el recurso para su tramitación. El auto que tal dispuso, —atendiendo a que el recurrente ha sido uno de los demandados en el presente juicio, como tercerista que fue en el ejecutivo en que tuvo lugar el remate anulado—, es un proveído preparatorio, cuya ejecutoria formal no liga a la Corte, quien, por lo tanto, si en el momento de decidir en definitiva encuentra que el recurso no reúne los requisitos indispensables, puede apartarse de aquella providencia preliminar y dictar sentencia, desechando la casación por no ser procedente (en este orden de ideas, véanse las sentencias de Casación Civil de 30 de noviembre de 1951. LXX, pág. 850 y de 1º de marzo de 1954, LXXVII, pág. 51).

4. Ahora bien: En la especie litigada, los representantes de los derechos de una parte de los ejecutados demandaron la nulidad del remate frente a las demás personas ejecutadas, al ejecutante y rematante Lombana y al tercerista Rodríguez, ajustándose así esta controversia entre cuantos intervinieron en la cuestionada subasta, sin excepción alguna. Por la índole misma del *petitum,* no contestado formalmente, en la relación jurídico-procesal quedó comprendida toda la materia de las restituciones mutuas a que diese origen la declaración de nulidad (C. Civ. 1746), tanto en lo relativo a la naturaleza de las mismas, como en cuanto a la determinación de los obligados a efectuarlas.

La sentencia de segunda instancia falló, así, el juicio sobre todas las cuestiones en él deducidas, pues, declaró la nulidad del remate y consecuencialmente condenó al rematante Lombana a restituír en favor de la sociedad conyugal ilíquida Riaño-Sierra, representada en las personas de María Tulia Sierra v. de Riaño, Alfonso Tocancipá, Joaquín María Cabra, Virginia Riaño de García, Ana Ligia y Raúl Riaño, los inmuebles subastados con sus respectivos frutos, y a su turno condenó a éstos a satisfacer a Lombana

las sumas que él pagó como precio de los bienes subastados, con sus respectivos intereses y el valor de las mejoras que acredite haber puesto en tales bienes, como poseedor de buena fe, a quien reconoce el derecho de retenerlos mientras no le sean cubiertas las correspondientes prestaciones a su favor.

5. Si la sentencia impone únicamente a los representantes de la sociedad conyugal Riaño-Sierra la obligación de reembolsar al rematante Lombana las sumas que éste pagó en razón del precio del remate, entre ellas la satisfecha al tercerista Rodríguez, éste resulta, por lo mismo, exonerado de toda obligación en el particular, o sea, que la sentencia no implica para el dicho tercerista *vencimiento alguno,* pues a nada lo condena, no hace ninguna declaración que pueda perjudicarlo y, antes bien, le convierte en cierta y definitiva su situación, resultante de tal remate, frente a todas las demás personas que fueron parte en el mismo.

Brilla al ojo que al impugnante Pedro Antonio Rodríguez no le asiste interés alguno en este recurso, motivo por el cual su acusación debe ser desechada.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés (23) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION

Carga jurídica del teñedor de la cosa. La tenencia y la posesión no pueden sumarse. El tiempo posesorio para que se consume la prescripción, puede cubrirse directamente por el poseedor o por intermedio de tenedor que le reconoce señorío sobre la cosa. El término de prescripción extraordinaria no se suspendió por el régimen especial de administración fiduciaria que existió para algunos extranjeros.

1. Sobre el demandado en reivindicación por objeto que en realidad no posee, pesa la carga de expresarlo así en la contestación, a menos de hacerse responsable de la cosa misma o de su valor, salvo que "el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor" (214 C. J.).

Eso significa que como en la simple tenencia se reconoce dominio ajeno, el deber jurídico del tenedor en evento reivindicatorio se extiende a señalar a la persona en nombre de la cual mantiene el objeto en su poder.

En el plano de la buena fe, que se presume, basta el reconocimiento del tenedor acerca de la ausencia de su voluntad de su señorío para que la reivindicación no se predique en su contra, sino frente a la persona a quien determine como poseedor. Y si en concreto han sido citados al juicio ambos —el tenedor y a quien éste reconoce como dueño— es indudable que el lazo jurídico procesal queda válidamente formado, aunque no apareciera prueba alguna adicional sobre la relación de simple tenencia de uno de los demandados con respecto al sujeto de quien también se demanda el objeto con el carácter de poseedor.

Si además de la confesión del tenedor aparece un poder que le haya dado el poseedor para que administre el bien y lo tenga materialmente, el documento respectivo es corroborante, a pesar de que carezca de autenticación, desde luego que no se trata de acreditar la personería del mandatario y menos para los efectos del juicio, sino sólo de probar el hecho de la tenencia, sobre lo cual no existe restricción en la tarifa.

2. Cuando la tenencia de alguien está naturalmente en función posesoria de otro, no se contempla ningún fenómeno de sucesión o de agregación de posesiones: la tenencia y la posesión, por heterogéneas, no pueden sumarse en realidad. Si el tenedor adquiere después la propiedad, se subroga en la posesión de su antecesor, que él ostentó materialmente en nombre del mismo antecesor, pero no hay agregación de tenencia a posesión. Como tampoco la hay cuando alguno sobre el objeto que posee concede la simple tenencia a otro: la posesión se continúa a favor de la misma persona por medio de la tenencia, pero esto en lo jurídico no significa que tenencia y posesión puedan sumarse, sino sólo que en la última, la posesión, no se presenta ruptura de continuidad por la tenencia que el poseedor otorgue a otra persona.

3. El lapso posesorio para que la prescripción se consume puede cubrirse directamente por el poseedor o por intermedio de tenedor que le reconoce señorío sobre el objeto. En las dos hipótesis lo que milita es la posesión y el abandono del dueño que, cuando se produce el fenómeno extintivo de su derecho, deja de estar legitimado en causa reivindicatoria, y su acción no puede prosperar.

4. Puesto que la prescripción extraordinaria no exige título alguno y su lapso de veinte años no se suspende a favor de los incapaces enumerados por el artículo 2530 del Código Civil, con razón más poderosa todavía, no podría suspen-

derse por la mera circunstancia de que el dueño en un tiempo se hallara bajo el régimen especial de administración fiduciaria organizado para algunos extranjeros por incidencia de la segunda guerra mundial. Si fueron normas de emergencia bélica, restrictivas y subordinantes, por la necesidad de actuar a través del administrador fiduciario respectivo, no tuvieron sin embargo virtud de suspender la prescripción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciséis (16) de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Sobre el solar 51-23 de la carrera 23 de esta ciudad, determinado como cuerpo cierto y correspondiente al lote 9, manzana 23, de la Urbanización Gutt o Barrio de *La Constructora,* Elizabeth Yungblut de Ordóñez adelantó acción reivindicatoria contra Gilberto Ramírez Neira y Marcolino Archila Báez como poseedores de mala fe.

En respuesta a la demanda, Archila Báez manifestó ser simplemente administrador del demandado Gilberto Ramírez, carácter con el cual se oponía a las pretensiones de la actora.

Con fecha 18 de marzo de 1959 fue resuelto el litigio en primera instancia mediante pronunciamiento absolutorio del Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá, que impuso costas a la parte vencida, quien hizo uso del recurso de apelación hasta recibir sentencia del 6 de febrero de 1961, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló así:

"1º No se hacen las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda en relación con Marcolino Archila, a quien se absuelve de los cargos que en ella se le formulan.

"2º Declárase probada la excepción de prescripción adquisitiva por el demandado Gilberto Ramírez, y, por lo mismo, no se hacen las declaraciones y condenas impetradas en el libelo.

"3º Las costas del juicio, en sus dos instancias, son de cargo de la parte demandante".

Y ha llegado a la Corte el momento oportuno de resolver sobre el recurso de casación demandado por la actora.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de encontrar probadas en el proceso con relación a Gilberto Ramírez las condiciones fundamentales de la acción reivindicatoria, el sentenciador motivó la existencia de la excepción de prescripción adquisitiva invocada por el mismo Ramírez, así:

"Se hace consistir (la excepción de prescripción) en el hecho de estar poseyendo materialmente Ramírez, con ánimo de señor y dueño, el lote de terreno a que se concreta su oposición, y que quedó determinado atrás, 'desde hace más de veinte años'.

"Ahora bien, como el auto admisorio de la demanda le fue notificado al mandatario judicial de Ramírez el 2 de noviembre de 1956, le incumbía a éste demostrar que su posesión comenzó con antelación al 2 de noviembre de 1936, para que pueda prosperar su defensa, (L. 50/36, art. 2º y C. C. art. 2539).

"Con el fin de acreditar tal hecho adujo el excepcionante los testimonios de Félix M. Rojas (C. 2, 85 ss.), Isaías Rojas (id., f. 86 v. ss.), Julio Rojas (id. 88 ss.) y Luis E. Argüello, cuyas declaraciones se examinan a continuación".

En seguida de su respectivo estudio, el Tribunal concluye:

"Estos cuatro declarantes, como puede apreciarse, coinciden en afirmar que el demandado Gilberto Ramírez empezó a poseer materialmente el lote de terreno distinguido hoy con los números 51-23 y 51-29 de la carrera 23 de esta ciudad, desde el año de 1935, cuando estableció en él un taller para el herraje de caballos del antiguo Hipódromo de Bogotá y encerró dicho lote con cerca de alambre; que en 1948 levantó las construcciones que actualmente se encuentran en él; que no reconoció dominio ajeno sobre el inmueble en cuestión, y que cuando tuvo que irse para Venezuela dejó encargado de su administración a Marcolino Archila.

"Tales testimonios satisfacen las exigencias de la sana crítica para ser aceptados como plena prueba, pues concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y cumplen con el requisito de ser responsivos, exactos y completos. De otra parte, el dicho de los testigos se encuentra corroborado con otros elementos de convicción, tales como las licencias de construcción y demás documentos que obran a los folios 66 y siguientes del cuaderno número 2, y el documento que obra al folio 22 del cuaderno primero, contentivo del mandato que Gilberto Ramírez le confirió a Marcolino Archila para que le administrara el lote de terreno materia de este pleito.

"Síguese de lo dicho que está plenamente establecido en el proceso que el demandado Ramírez ha poseído materialmente el inmueble que la demandante pretende reivindicar, por un tiempo superior a veinte años, y, por ende, que la excepción de prescripción por él propuesta debe ser reconocida. En este sentido debe reformarse la sentencia de primer grado".

LA IMPUGNACION

Vienen formulados en el libelo cinco aspectos de un mismo cargo por la causal primera de casación, a saber:

I. Error de derecho en la apreciación de las declaraciones de Marcolino Archila y de los documentos que presentó para acreditar su carácter de apoderado de Gilberto Ramírez Neira. Se refiere el recurrente a uno de los varios poderes conferidos por Ramírez a Archila sobre el inmueble en litigio, anota que "en él no aparece ninguna firma de funcionario oficial ni tampoco la del pretendido apoderado", alude a las repetidas manifestaciones de Archila en el sentido de ser simple administrador de Ramírez, a que por ello consideró el Tribunal indemostrado el hecho de Marcolino poseyera todo o parte del solar, para deducir en su criterio, entre otras cosas, que el Tribunal hubiese entendido "que el término de la ocupación del señor Archila debía sumarse al de la posesión del señor Ramírez; afirma que el documento de poder que tiene en mira, no tiene fecha cierta" sino desde el día de su presentación en el juicio, "por lo cual puede ser tenido como prueba ante terceros de que Ramírez estaba representado por Archila en Bogotá, sino desde esa fecha", de donde deduce que el sentenciador "cometió un error de derecho en la aplicación indebida del artículo 1762 del Código Civil y de los artículos 637 y siguientes del Código Judicial"; reconoce que el Tribunal hizo bien en absolver a Archila, a causa de sus declaraciones de no tener ánimo de dueño; pero alega que esas pruebas no son "oponibles a la demandante para demostrar el mandato que existió entre Ramírez y Archila" y de allí infiere que "la agregación de posesiones del señor Ramírez con la del señor Archila proceden de un error notorio de derecho en la apreciación de tales pruebas por aplicación indebida de los citados artículos, que conducen, además a una clara violación del artículo 778 del Código Civil y del 2521 ibídem".

II. "Error de derecho en la apreciación del valor legal de los cuatro testimonios citados en la sentencia para demostrar el mandato G. Rodríguez (sic) -M. Archila que conduce a la violación indirecta de la ley substantiva".

Vuelve el recurrente sobre la necesidad de probar el mandato; estima que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 2149 del Código Civil, porque, alega, que "para los efectos de la prueba de este contrato, esencialmente consencual, (sic) hay que distinguir si la prueba se hace *inter partes* o *inter alios*. Si es el primer caso el artículo 2149 debe tener plena aplicación. Si es en el segundo caso no parece que los terceros sean obligados por los actos jurídicos o hechos de personas con quienes no han contratado ni tenido vínculo jurídico a menos que se les demuestre, de acuerdo con las reglas generales sobre prueba de las obligaciones, la verdad del acto o hecho jurídico que las pueda obligar". De todo lo cual desprende violación indirecta de los artículos 778 y 2521, en cuanto el Tribunal "agregara las posesiones de los señores G. Ramírez y M. Archila, sobre el lote que es materia de la reivindicación.

III. "Error manifiesto de hecho por la falta de apreciación de la confesión del demandado respecto a la superficie poseída por él...".

El recurrente parte de la base de que se reivindica el lote 9, manzana 23 del *Barrio La Constructora,* y dice que la defensa ha sostenido varias veces que la cosa poseída es distinta de la reivindicada y que la parte demandante no ha podido probar la identidad entre la cosa poseída y la que es materia de la reivindicación; que esas declaraciones del demandado tienen el valor de confesión judicial; que cuanto a la posesión inscrita del demandado no hay otra prueba en el expediente "que la escritura de compraventa de las 66,02 varas cuadradas mediante la cual Ramírez compró esa extensión de terreno al *antiguo Hipódromo de Bogotá";* y que "la sentencia acusada al no haber tenido en cuenta las manifestaciones de la parte demandada sobre esta materia ha cometido un error de hecho por falta de apreciación de las mismas con lo cual se han violado directamente los siguientes artículos del Código Judicial: 471, que dice qué deben contener las sentencias; 603 a 609 sobre la confesión; el artículo 1769 del Código Civil sobre el valor probatorio de la confesión y los demás artículos concordantes con los citados". De donde alega violación indirec-

ta "de los artículos 740 y siguientes y 762 y siguientes del Código Civil.

IV. "Errores de derecho y de hecho en la apreciación de los testimonios presentados por la parte demandada para demostrar los hechos que condujeron al honorable Tribunal a declarar probada la excepción de prescripción".

Se detiene el recurrente en el estudio crítico de los testimonios de Félix M. Rojas, Isaías Rojas, Julio Rojas y Luis E. Argüello, y expresa:

"El hecho, como lo afirman los testigos, de que Ramírez se encontrase dentro del lote en el año de 1935 no quiere decir que Ramírez fuese por esa época poseedor de tal solar. La apreciación de si era poseedor o no, es una conclusión de carácter jurídico que corresponde decidirla al juez y no a los declarantes".

Entiende que no se demostraron actos externos que, conforme al artículo 981 del Código Civil, indiquen ánimo posesorio, sino que los "desarrollados dentro del lote con anterioridad a 1948 caben correctamente dentro de la clasificación que hace el Código Civil en su artículo 2520 para los actos de mera facultad que puede permitir el dueño a terceras personas sin mengua de sus derechos sobre la propiedad"; que el hecho de que Ramírez encerrara el lote con cerca de alambre "solo está en la imaginación de la persona que redactó la pieza acusada", y añade:

"Lo que los testigos afirman en respuestas que podríamos llamar prefabricadas es que el lote en el año de 1935 se hallaba cercado con alambre y postes de madera, lo cual es muy distinto a afirmar que el demandado Ramírez construyó tal cerca".

Alega, por lo demás, que las respuestas de los testigos son copia literal del cuestionario; que son contradictorias, y dice que además el Tribunal cometió "un error de derecho al hacer prevalecer los testimonios citados sobre pruebas de carácter superior, como es la confesión a que nos hemos referido... Y deduce así violación de los artículos 740 y siguientes y 762 del Código Civil.

V. "Error de hecho por falta de apreciación en la sentencia acusada del despacho número 133 de 1957 dirigido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá al Fondo de Estabilización del Banco de la República". Y agrega el recurrente:

"La sentencia acusada ignora totalmente que la señora Elizabeth J. de Ordóñez es de nacionalidad alemana, casada con el ciudadano colombiano Rafael Ordóñez Cornejo, que por pertenecer ella a la nación alemana, sus bienes estuvieron sometidos desde el día 20 de febrero de 1942 a la administración del Fondo de Estabilización del Banco de la República. Dentro de esos bienes se encontraba el lote que es materia de este litigio, distinguido con el número 51-23 de la carrera 23 de la ciudad de Bogotá...

"Esta circunstancia especial de haber sido privada la demandante del derecho de disponer y administrar su propiedad, hizo que dentro del término de la administración fiduciaria el señor Gilberto Ramírez, se sintiera animado a edificar en propiedad ajena sin el consentimiento de la dueña y sin que ésta pudiera ejercer oportunamente las acciones apropiadas para defender su propiedad".

Considera violados los Decretos 59 de 1942, 147 de 1942, 2931 de 1944 y 216 de 1946, lo mismo que la Ley 39 de 1945, sobre administración fiduciaria de bienes de extranjeros. Y concluye:

"La falta de apreciación de esta prueba (despacho número 133), condujo la sentencia acusada a violar el derecho de propiedad de la dueña, sobre el lote en cuestión".

SE CONSIDERA:

1. Sobre el demandado en reivindicación por objeto que en realidad no posee, pesa la carga de expresarlo así en la contestación, a menos de hacerse responsable de la cosa misma o de su valor, salvo que "el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquel no era el poseedor". (214 C. J.).

Eso significa que como en la simple tenencia se reconoce dominio ajeno, el deber jurídico del tenedor en evento reivindicatorio se extiende a señalar a la persona en nombre de la cual mantiene el objeto en su poder.

2. En el plano de la buena fe, que se presume, basta el reconocimiento del tenedor acerca de la ausencia de su voluntad de señorío para que la reivindicación no se predique en su contra, sino frente a la persona a quien determine como poseedor. Y si en concreto han sido citados al juicio ambos —el tenedor y a quien éste reconoce como dueño— es indudable que el lazo jurídico procesal queda válidamente formado, aunque no apareciera prueba alguna adicional sobre la relación de simple tenencia de uno de los demandados con respecto al sujeto de quien

también se demanda el objeto con el carácter de poseedor.

3. Si además de la confesión del tenedor. aparece un poder que le haya dado el poseedor para que administre el bien y lo tenga materialmente, el documento respectivo es corroborante, a pesar de que carezca de autenticación, desde luego que no se trata de acreditar la personería del mandatario y menos para los efectos del juicio, sino sólo de probar el *hecho* de la tenencia, sobre lo cual no existe restricción en la tarifa.

4. Cuando la tenencia de alguien está naturalmente en función posesoria de otro, no se contempla ningún fenómeno de sucesión o de agregación de posesiones: la tenencia y la posesión, por heterogéneas, no pueden sumarse en realidad. Si el tenedor adquiere después la propiedad, se subroga en la posesión de su antecesor, que él ostentó materialmente en nombre del mismo antecesor, pero no hay agregación de tenencia a posesión. Como tampoco la hay cuando alguno sobre el objeto que posee concede la simple tenencia a otro: la posesión se continúa a favor de la misma persona por medio de la tenencia, pero esto en lo jurídico no significa que tenencia y posesión pueden sumarse, sino sólo que en la última, la posesión, no se presenta ruptura de continuidad por la tenencia que el poseedor otorgue a otra persona.

5. Es así como el lapso posesorio para que la prescripción se consume puede cubrirse directamente por el poseedor o por intermedio de tenedor que le reconoce señorío sobre el objeto. En las dos hipótesis lo que milita es la posesión y el abandono del dueño que, cuando se produce el fenómeno extintivo de su derecho, deja de estar legitimado en causa reivindicatoria, y su acción no puede prosperar.

6. Puesto que la prescripción extraordinaria no exige título alguno y su lapso de veinte años no se suspende a favor de los incapaces enumerados por el artículo 2530 del Código Civil, con razón más poderosa todavía, no podría suspenderse por la mera circunstancia de que el dueño en un tiempo se hallara bajo el régimen especial de administración fiduciaria organizada para algunos extranjeros por incidencia de la segunda guerra mundial. Si fueron normas de emergencia bélica, restrictivas y subordinantes, por la necesidad de actuar a través del administrador fiduciario respectivo, no tuvieron sin embargo virtud de suspender la prescripción.

7. No estuvo pues el sentenciador en el deber de encontrar en la administración fiduciaria a que se sometieran los bienes de la actora, motivo alguno para cambiar en derecho la convicción a que llegó acerca de que la titularidad fue extinguida en la demandante por prescripción extraordinaria cumplida a favor del demandado Ramírez. Si apreció las declaraciones de testigos como se produjeron, mal pudo cometer error manifiesto de hecho. Y si al valorarlas dentro de los principios consagrados por las normas orgánicas de la prueba testimonial llegó a convencerse de su mérito pleno, no aparece que extralimitara la soberanía que al respecto compete al juzgador de instancia, por lo que tampoco es susceptible de censura por error de derecho. Para ello no basta ensayar en la demanda otra valoración del testimonio, admisible sin duda para alegaciones de instancia, pero inadecuada en casación por la naturaleza extraordinaria del recurso.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 6 de febrero de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NO REQUIERE EXEQUATUR LA SENTENCIA ECLESIASTICA DE DIVORCIO, CUALQUIERA QUE SEA EL LUGAR DONDE SE PRONUNCIE.

La Corte reitera la doctrina al respecto. Está vigente el Convenio entre Colombia y España, para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países.

1. "Una sentencia de divorcio quoad thorum et cohabitationem **pronunciada por los Tribunales de la Iglesia Católica, en cualquier lugar de la tierra, no requiere exequátur para surtir sus efectos en Colombia, en razón de la competencia exclusiva ya dicha y ser la Iglesia sociedad universal". (Cas. abril 6 de 1956, T. LXXXII, pág. 564).**

2. El convenio entre Colombia y España, para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países, firmado el 30 de mayo de 1908 y aprobado por la Ley 7 de 1908 —13 de agosto— se halla vigente, y su conocimiento obliga a los jueces sin necesidad de que parte interesada traiga a los autos la prueba de su existencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Procedente del Ministerio de Justicia, con oficio señalado con el número 17998, y de fecha 29 de mayo próximo pasado, y "para los fines de que trata el artículo 558 del Código Judicial", se remite a la honorable Corte la comisión rogatoria número 2506 librada a las autoridades colombianas por el señor Juez de Primera Instancia del Juzgado Séptimo de Barcelona (España), en la cual se solicita el cumplimiento parcial de un fallo proferido por las autoridades eclesiásticas de aquel país.

En cumplimiento del rito procesal se le dio el traslado del caso al señor Procurador General de la Nación quien lo descorrió haciendo una síntesis de los antecedentes del asunto en la forma que se transcribe:

"Rezan las piezas del expediente que en el juicio sobre 'separación corporal' que instauró el señor Juan Muñoz Climent contra su legítima esposa Mercedes Rodríguez González ante el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Barcelona, se produjo sentencia con fecha 19 de agosto de 1959 cuya parte resolutiva dice: '...En mérito de lo expuesto, atendidas las razones de derecho y las pruebas de los hechos, Nos, el infrascrito Vice-Provisor, Juez Eclesiástico de la Diócesis, invocando el Santo Nombre de Nuestro Señor Jesucristo, sin otras miras que Dios y la verdad, definitivamente juzgando de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, declaramos que procede contestar *afirmativamente* el Dubio formulado y en su virtud, fallamos que debemos conceder y concedemos a don Juan Muñoz Climent la separación conyugal de lecho, mesa y habitación, de su esposa doña Mercedes Rodríguez González, por abandono malicioso del hogar conyugal, por tiempo indefinido, esto es, en tanto la demanda no dé fehacientes pruebas de arrepentimiento y no quiera reintegrarse al lado de su esposo para 'cumplir los sagrados deberes dimanantes del matrimonio, demostrando ante la autoridad competente haber llevado una conducta honesta a partir de la separación; ordenamos que el hijo común de los litigantes Juan Muñoz Rodríguez, quede bajo la exclusiva potestad y protección del actor, su padre, quien cuidará de su cristiana educación

e imponemos a la demandada el pago de las costas ocasionadas en la presente instancia...' (fs. 6 fte.).

"Habiendo solicitado el actor del litigio por medio de apoderado especial ante la justicia civil u ordinaria de Barcelona el cumplimiento del fallo, indicando que la demandada según informes residía en la República de Colombia, en la ciudad de Cali, país al que había huído trayendo consigo al hijo común legítimo, el Magistrado, Juez de Primera Instancia del Juzgado Séptimo de la misma ciudad de Barcelona, ordenó el cumplimiento y remitió exhorto rogatorio a las autoridades colombianas competentes, por intermedio de la Cancillería colombiana o Ministerio de Relaciones Exteriores, se procediera a la ejecución en Colombia del fallo, haciendo entrega del menor de edad Juan Muñoz Rodríguez al señor don Carlos Climent Caudet, residente en Cali, a quien facultaba el demandante para gestionar en Colombia todo lo relativo a la entrega de dicho menor, para repatriarlo a España y aun de sufragar todos los gastos que demandaran aquellas gestiones y esta repatriación.

"Se deduce de lo visto, que se trata indudablemente de la ejecución o exequátur de una sentencia extranjera en materia civil netamente, por parte de autoridades colombianas".

Con anterioridad, cuando el Ministerio de Justicia recibió la comisión rogatoria, procedente del Ministerio de Relaciones Exteriores, la envió al Tribunal Superior de Cali, entidad ésta que comisionó al señor Juez de Menores de aquel Distrito para su cumplimiento. Allí con fecha 22 de marzo próximo pasado, fue hecha la respectiva notificación al señor Carlos Climent Caudet quien ofreció recibir al menor y remitirlo luego al padre de éste, señor Juan Muñoz Climent. Devueltas las diligencias al predicho Ministerio esta entidad comisionó al Tribunal Superior de Medellín en donde se tuvo conocimiento de que residía la señora Mercedes Rodríguez González, para que se le diera efectividad al rogatorio del señor Juez Primero de Instancia de la ciudad de Barcelona. Pero el Tribunal estimó que era necesario el exequátur de la honorable Corte para poderle dar cumplimiento a la sentencia eclesiástica y a que se refiere la Comisión Rogatoria.

El señor Procurador, luego de examinar las condiciones que se necesitan para que por la honorable Corte se pueda autorizar el cumplimiento de una sentencia en materia civil, manifiesta lo que sigue:

"En el caso presente, la sentencia en materia civil cuyo cumplimiento solicita en el exhorto rogatorio el Magistrado Juez de Primera Instancia del Juzgado número 7 de Barcelona (España), no puede ser autorizada para tener cumplimiento en Colombia por los siguientes motivos: 1) No se ha elevado solicitud a la honorable Corte Suprema de Justicia Colombiana por parte interesada, para que se autorice ese cumplimiento en Colombia, se ha elevado esa petición a un juez del país en donde se profirió dicho fallo y fue éste el que ordenó ese cumplimiento implícitamente en Colombia, al librar exhorto rogatorio para que se efectuaran los actos que él autorizó a fin de dar cumplimiento al fallo eclesiástico. Quebrantando con ello la jurisdicción y competencia para dar esa autorización que tiene nuestro más alto Tribunal Judicial por ministerio de la ley colombiana, y por ende desconociendo la soberanía de nuestro país en materia legislativa dentro de su territorio en lo civil; 2) No hay prueba alguna de la existencia de tratado entre Colombia y España en virtud del cual en aquel país (España) se les dé a las sentencias proferidas por los jueces colombianos la misma fuerza que en Colombia y tengan allí cumplimiento por los jueces españoles; ni la hay, a falta de esa reciprocidad legislativa con respecto a Colombia, en virtud de la cual se otorgue por los jueces y tribunales de aquel país la misma fuerza que tienen en Colombia y se les dé aplicación".

En su concepto el señor Agente del Ministerio Público concluye manifestando que "se opone a que se autorice por la Corte Suprema de Justicia el cumplimiento del fallo proferido por el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Barcelona y a que se declare nulo, por pretermisión de formalidades procesales esenciales, lo actuado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y por el Juez de Menores de aquel Distrito".

LA CORTE CONSIDERA:

De acuerdo con los antecedentes que se han expuesto, trátase en el caso presente del cumplimiento de una sentencia ejecutoriada proferida por un Tribunal Eclesiástico en asunto de su privativa competencia al fallar la separación conyugal de lecho, mesa y habitación del matrimonio católico celebrado por Juan Muñoz Climent con la señora Mercedes Rodríguez González y ordenar "que el hijo común de los litigantes Juan Muñoz Rodríguez quede bajo la

exclusiva potestad y protección del actor, su padre, quien cuidará de su cristiana educación". El ruego comisorio, pues, del Juez de Primera Instancia del Juzgado Séptimo de Barcelona en que se exhorta y suplica al "Juez, Tribunal o autoridad competente de Colombia para que se sirva disponer que se practiquen en debida forma las diligencias interesadas y acordadas" con el ofrecimiento de reciprocidad, no es cosa distinta de la ejecución de la sentencia eclesiástica a cuyo cumplimiento cooperan las respectivas autoridades colombianas, sin necesidad de que la Corte Suprema de Justicia haya de autorizar su ejecución, por tratarse del origen y calidad de la sentencia.

La Corte ratifica y confirma la doctrina que sobre estos particulares dejó expuesta en fallo de esta misma Sala de Casación con fecha 6 de abril de 1956 y que corre publicada en el Tomo LXXXII, número 2167 de la *Gaceta Judicial* y que en sus pertinentes apartes dice:

"Se ha afirmado que no puede producir efectos en Colombia la citada sentencia del Tribunal Eclesiástico, por tratarse de una sentencia pronunciada en país extranjero, respecto de la cual no se probó el exequátur, y hasta se ha dicho que fue negado.

"La sentencia de origen eclesiástico, por la cual se decreta el divorcio, así sea por Tribunales que actúan fuera del país, no requiere el exequátur, para que produzca efectos en Colombia:

"1º El Código Judicial, cuando exige esta formalidad, se refiere a las 'sentencias de los Tribunales extranjeros', según denominación que lleva el capítulo 2º, título XV del libro 2º, y de acuerdo con el artículo 556, a los fallos procedentes de los Estados, es decir, a las sentencias pronunciadas por los jueces de países extranjeros y no por los jueces eclesiásticos, que ejercen su jurisdicción entre otros países, puesto que la Iglesia no es un país, ni un Estado, sino una sociedad universal que ejerce su soberanía espiritual en el mundo.

"2º Cuando la Iglesia juzga en virtud de la jurisdicción que el artículo 19 del Concordato le reconoce, para conocer de las causas de separación o divorcio, es indiferente el lugar en donde el Tribunal Eclesiástico desempeñe sus funciones. Dicho texto, al deferir a la Iglesia esas causas, no limitó, en el espacio, el ámbito de su jurisdicción. Los Tribunales Eclesiásticos, en Colombia, no son Tribunales del Estado; son de la Iglesia; sin embargo, no se ha exigido nunca el exequátur a las sentencias dictadas por ellos. Del mismo modo, no habría razón para requerirlo de una sentencia pronunciada por la misma potestad en París. Es la misma Iglesia universal. El trámite de una causa matrimonial puede llegar a Roma, siguiendo la jerarquía de los Tribunales Eclesiásticos. ¿Habría razón en pedir el exequátur para una decisión de la Santa Sede?

"3º Una sentencia como la de que se trata, versa sobre una materia claramente deferida por el Estado a la Iglesia, según el citado artículo 19 del Concordato. Por tanto: a) la Iglesia es la única potestad competente para conocer —tanto en Colombia como en el extranjero— de juicios de divorcio, por las causales contempladas en la legislación canónica, en relación con matrimonios celebrados conforme al rito católico; b) los colombianos casados católicamente, están obligados, aunque se hallen fuera del país, a acudir a dicha jurisdicción, en razón del estatuto personal que les obliga (art. 19 C. C.), así sea sólo para que la decisión produzca efectos en Colombia; y c) los fallos de la Iglesia sobre esta materia, están ya autorizados, aceptados y reconocidos de antemano por el Estado, en razón de haber deferido las causas de divorcio a la potestad eclesiástica, de modo que el exequátur carece de objeto y de fin".

Ante la afirmación hecha por la Procuraduría de que "no existe prueba alguna de la existencia de tratado entre Colombia y España en virtud del cual en aquel país (España) se les dé a las sentencias proferidas por los jueces colombianos...." la misma fuerza que en Colombia y tengan allí cumplimiento por los jueces españoles, cabe anotar que aunque tal observación no incide en la presente providencia, sí está vigente el convenio firmado el 30 de mayo de 1908 y aprobado por la Ley 7 de 1908 —13 de agosto— cuyo conocimiento obliga a los jueces sin necesidad de que parte interesada traiga a los autos la prueba de su existencia.

No es procedente la declaratoria de nulidad solicitada por el señor Agente del Ministerio Público.

DECISION:

En mérito de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara que no es necesaria la autorización de la Corte para la ejecución por parte de los jueces colombianos de la sentencia del Tribunal Ecle-

siástico a que hace referencia la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y vuelvan los autos al señor Ministro de Justicia para lo de su cargo.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario

SIMULACION Y NULIDAD

Son acciones distintas. Finalidad y características de la primera. Situación de los terceros frente a las sentencias pronunciadas en una y otra acción. En la simulación que afecta las legítimas, el legitimario actúa iure proprio.

1. La jurisprudencia de la Corte desde 1954 se ha orientado definitivamente en el sentido de individualizar y distinguir las acciones de nulidad y de simulación, como lo hiciera ya en el lapso de 1935 a 1940.

La verdadera fisonomía de la acción de simulación se caracteriza por la finalidad de desvanecer el acto aparente, revelar la realidad y conseguir que prevalezca el querer auténtico de las partes, y no porque incidan vicios o defectos de forma que frustren la eficacia de la voluntad como en los actos nulos, sino porque debe suprimirse la apariencia del negocio que apenas se finge con el propósito de ocultar, o que no se quiso cambio alguno de la situación jurídica preexistente, si la simulación es absoluta; o disfrazar con lo ostensible el acto secreto, si la simulación es relativa.

Sobre el particular, entre otras varias sentencias de casación, puede verse la de 2 de septiembre de 1954 (LXXVIII, 2146, 553).

2. Por la sentencia declarativa de simulación con respecto a terceros desaparecen ex nunc los efectos jurídicos que por su apariencia externa produjera el acto simulador; en tanto que la nulidad judicialmente declarada suprime ex tunc los efectos del negocio jurídico. Es, en verdad, por ley como la simulación no produce consecuencias contra terceros (1766 C. C.), a diferencia de la nulidad que además de restituír a las partes "al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", por regla general "da acción reivindicatoria contra terceros poseedores" (1746, 1748 ibídem).

3. Si la apariencia de enajenación se mantuviera como eficaz en derecho, obvio sería el menoscabo de las asignaciones forzosas, que por motivos de orden público limitan la capacidad dispositiva del causante sobre su propia herencia. Lo cual es muy elocuente para demostrar que quienes como titulares de asignaciones forzosas y en su defensa ejercitan la acción de prevalencia, proceden iure proprio **con apoyo directo en la ley, y no en el lugar jurídico del causante cuya voluntad precisamente discuten e impugnan.**

Cuando esto sucede, la simulación frente a los asignatarios forzosos es un hecho para el cual no existe limitación de medios probatorios en la tarifa legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Para la herencia de Luis Alberto Niño Pérez, quien falleció el 5 de noviembre de 1956, su padre legítimo José Niño y la cónyuge supérstite Blanca Galvis de Niño abrieron el presente litigio contra Sara María Prieto por demanda que formula estas súplicas:

"1º Que se declare que es ineficaz por simulación absoluta, el contrato de compraventa celebrado entre *Luis Alberto Niño Pérez* y *Sara María Prieto,* mediante la escritura pública número 2339 de mayo 12 de 1953, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, D. E., contrato relacionado con el inmueble ubicado en jurisdicción de Bogotá, D. E., consistente en un lote de terreno y unas edificaciones de ladrillo y teja de ba-

rro, y situado en la manzana H de la *Urbanización Rueda*, del Barrio Colombia, que hace parte del de Chapinero, con una cabida aproximada de 670 varas cuadradas, marcado en su puerta de entrada con el número 71-47 (hoy abarca la numeración 71-37/47), de la carrera 22 de esta ciudad, y alinderado así: . . .

"2º Que como consecuencia de lo anterior se declare:

"a) Que el dominio y propiedad del inmueble antes relacionado y alinderado, no ha salido del patrimonio del señor Luis Alberto Niño Pérez, y en tal virtud, este bien pertenece a la sucesión intestada del mismo, representada por su padre legítimo José Niño, y por su esposa legítima Blanca Galvis v. de Niño;

"b) Que la demandada está obligada a restituír al patrimonio de la sucesión del señor Luis Alberto Niño Pérez, el inmueble objeto de la presente litis, dentro del término de seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, juntamente con los frutos civiles que hubiere percibido a partir de la muerte de Luis A. Niño;

"c) La cancelación de la escritura pública número 2339 de mayo 12 de 1953, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, y del registro de la misma.

"3º Que en el caso de demostrarse o aparecer de las pruebas aducidas configurado un contrato real y verdadero de donación, frente al acto ostensiblemente declarado en la escritura pública de que se habla antes, se declare que tal acto o contrato es nulo en su totalidad por ilicitud, o parcialmente por falta de insinuación en todo lo que excediere de $ 2.000 moneda corriente; debiendo restituírse, en consecuencia, a la sucesión del señor Luis Alberto Niño Pérez, el inmueble mencionado arriba con sus frutos correspondientes sin compensación alguna en el evento de ilicitud, o con cargo a la sucesión demandante de pagar la suma de $ 2.000 moneda corriente a favor de la demandada por falta de insinuación.

"4º Subsidiariamente a lo anterior, pido que se declare que existe el vicio de lesión enorme en el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 2339 de mayo 12 de 1953, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, y en tal razón, y en consecuencia, se declare asimismo rescindido el referido contrato de compraventa con aplicación del artículo 1948 del Código Civil, señalándole a la demandada un término de diez días para que manifieste su voluntad de consentir en la rescisión, o para que complete el precio de venta.

"5º Que se condene a la demandada a pagar los gastos y costas del jucio".

Dentro de los hechos generadores se encuentran los enunciados para caracterizar la acción, a saber:

"5º Con el propósito de perjudicar, Luis A. Niño, a su esposa legítima, y a su padre legítimo, en los derechos que a título de legitimarios le corresponde al uno como ascendiente y a la otra como cónyuge sobreviviente, otorgó por ante el Notario 4º de esta ciudad, la escritura número 2339 de fecha mayo 12 de 1953, a favor de Sara María Prieto, en la cual aparece un contrato ficticio de compraventa del inmueble a que se contrae dicha escritura, sin que hubiese existido entre estos contratantes la intención de transferir, ni de adquirir, ni precio, consumando así la pariencia (sic) de un contrato de esta naturaleza.

"6º Luis Alberto Niño P. no obstante el 'contrato' anterior, continuó en posesión ininterrumpida y pacífica del bien inmueble objeto de este litigio hasta días poco antes de su muerte, comportándose entonces no solamente como poseedor sino como verdadero dueño; ejercitando actos como los de celebrar contratos de arrendamiento sobre dicho inmueble, percibiendo los cánones de arrendamiento correspondientes; pago de impuestos y realizar reparaciones y mejoras en tal inmueble.

"7º Luis A. Niño P. con anterioridad a su matrimonio con Blanca Galvis, mantenía relaciones de amistad íntima con Sara María Prieto, relaciones que se acentuaron con el decurso del tiempo y que motivaron y determinaron la separación de hecho de los esposos Niño y Galvis.

"8º Aproximadamente desde el año de 1949, Sara María Prieto se pasó a habitar una de las piezas en la casa de habitación de propiedad de Luis A. Nieto (inmueble materia de esta demanda) llegando a convivir Luis A. Niño y Sara María Prieto, en la misma pieza de habitación como si fueran marido y esposa.

"9º Sara María Prieto, mujer de humilde condición social, carecía de recursos económicos que le permitieran salir de su estado permanente de pobreza, y para realizar negocios de la cuantía de la compraventa de que habla la escritura pública número 2339, antes citada.

"10. En la fecha de que trata la escritura número 2339 de mayo 12 de 1953, el bien inmueble base del presente litigio, tenía un valor real y comercial superior a $ 30.000 moneda colom-

biana; sin embargo, en el acto ficticio de compraventa se hizo aparecer como precio del mismo la cantidad de $ 5.000 moneda colombiana.

"11. Desde la fecha de la escritura número 2339 (mayo 12 de 1953), Sara María Prieto no ha entrado en posesión del inmueble citado y alinderado arriba; tan solo ha permanecido en la misma pieza de habitación a que se aludió antes, siendo sus herederos (de Luis A. Niño) los que han continuado la posesión del inmueble.

"12. Es público y notorio en el vecindario y especialmente entre los inquilinos de la casa de que se habla, el hecho de que jamás consideraron como verdadera dueña del inmueble a Sara María Prieto, ya que todos estiman el acto celebrado entre Luis A. Nieto y ésta, como simulado (escritura número 2339 motivo de la demanda).

"13. A pesar de la suma de $ 5.000, que aparece como percibida por Luis A. Niño, por la venta del inmueble; de ser un hombre trabajador y austero en sus gastos; y de recibir el valor de los cánones de arrendamiento, no tuvo dinero para atender los gastos de su enfermedad, ni menos para que sufragaran sus exequias, habiendo tenido sus familiares que contribuír para cubrirlos".

Trabado el litigio ante el Juez 1º Civil del Circuito de Bogotá, recibió fallo de primera instancia el 3 de marzo de 1959 con despacho favorable de la súplica rescisoria del contrato de compraventa por lesión enorme, denegatoria de las otras, y con costas a cargo de la demandada.

Por apelación de ambas partes se surtió el segundo grado del proceso, sobre el que recayó la sentencia del 10 de octubre de 1960, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá hizo este pronunciamiento:

"1º Declaránse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

"2º Declárase que es absolutamente simulado el contrato de compraventa celebrado entre Luis Alberto Niño Pérez y Sara María Prieto mediante la escritura número 2339 de 12 de mayo de 1953 y otorgada en la Notaría 4ª de este Circuito, respecto de 'un lote de terreno junto con las edificaciones y mejoras en él existentes, distinguido con el número 57 de la manzana H del plano de la *Urbanización Rueda,* con una cabida aproximada de 670 varas cuadradas, ubicado en el *Barrio Colombia,* que hace parte del de Chapinero de esta ciudad, marcado en la nomenclatura municipal con el número 71-47 de la carrera 22, y alinderado, como en dicho instrumento se expresa.

"*Parágrafo.* Ordénase en tal virtud, la cancelación del registro del citado instrumento, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, y en la Notaría en la cual se otorgó.

"3º Declárase, en consecuencia, que el inmueble relacionado en el punto anterior no salió del patrimonio de Luis Alberto Niño Pérez y, por lo tanto, pertenece a su sucesión, representada por su padre José Niño, y por su esposa legítima señora Blanca Galvis v. de Niño.

"4º Declárase que la demandada Sara María Prieto está obligada a restituír al patrimonio de la nombrada sucesión, y dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, el mismo inmueble determinado en el numeral 2º, junto con los frutos civiles correspondientes a la parte que ocupa, que se hubieren percibido a partir del 8 de noviembre de 1956.

"*Parágrafo.* El monto de tales frutos se establecerá por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta las observaciones formuladas al respecto en la parte motiva de este fallo.

"5º No hay lugar a hacer las demás declaraciones impetradas en la demanda.

"6º Las costas del juicio en sus dos instancias, son de cargo de la parte demandada".

Y está ahora la Corte en oportunidad de resolver acerca del recurso de casación que interpuso la parte vencida.

EL FALLO ACUSADO

Sobre la súplica primera del libelo, expresa el sentenciador:

"Aun cuando la súplica primera principal tiende a obtener la declaración de ser 'ineficaz' por 'simulación absoluta' el contrato de compraventa consignado en la escritura 2339 de 1953 pactado entre Luis Alberto Niño Pérez y Sara María Prieto, seguramente bajo la influencia de la doctrina jurisprudencial que vio en todo fenómeno de simulación una causal de nulidad, es lo cierto que impugnándose dicho acto —como se impugna— sobre la base de que la operación allí consignada es 'ficticia', que no existió entre los contratantes 'intención de transferir, ni de adquirir, ni precio', la acción que por medio de la súplica de que se trata ejercitan los actores, es la de simulación, y como tal debe considerarse y decidirse, no obstante que en la demanda se haya dejado de emplear la

terminología adecuada a los hechos que fundamentan la petición, y al fin que por medio de ella se persigue''.

Después de otras consideraciones corroborantes, continúa:

''La acción de simulación, así-sea esta absoluta o relativa compete, como quedó dicho, a quien sea titular de un derecho actual y cierto, y que resulte afectado por la conservación del acto ficto.

''De manera que pueden ejercitarla, tanto las partes contratantes, como sus representantes o herederos cuando tengan interés legítimo dependiente del acto mismo. Solo que la admisibilidad y eficacia de los medios legales de prueba operará en diversa forma según sea la persona que demanda la simulación.

''Si la simulación se invoca por las partes y el contrato consta por escrito, 'las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados sólo pueden éstos desvirtuarlas oponiéndoles una prueba legal de igual categoría o fuerza, que destruya la plena fe que a aquél no le otorga, tal como el pacto literal oculto o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios o con todo otro medio probatorio, como así se deduce de la doctrina que informa a los artículos 1759 y 1766 del Código Civil, y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887'. (G. J., Tomos XLIII, p. 830, LVI, p. 172. LXIII, p. 662, LXVII, p. 402).

''Lo mismo será si el heredero del que celebró el contrato simulado ejercita la acción incoada, pues en tal caso éste ocupa el lugar de aquél. Pero si el heredero no ejercita la acción derivada de su causante, sino obra en nombre propio v. gr. en defensa del interés de legitimario, entonces dicho heredero asume la calidad de tercero, y puede, con tal carácter, hacer uso de toda clase de medios probatorios.

'' 'Se ha aceptado también jurisprudencialmente —ha dicho la honorable Corte— que el heredero forzoso de alguno de los contratantes puede asumir una de dos situaciones distintas, según que ocupe el puesto que tendría su causante si viviese, caso en el cual va contra el adquirente ficto, o que reclame como lesionado en su derecho herencial porque con la ficción se haya privado de todo o parte de su herencia, caso en el cual ese heredero es un tercero ante el contrato que va contra los dos simulantes. En este último caso su acción arranca del agravio y se encamina a deshacerlo; el heredero obra *per se* y se enfrenta a su autor que lo ha lesionado. En el otro caso obra como continuador de la persona del *de cuius*, y la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos y es la que habría ejercido el *de cuius*, por sí mismo contra el adquirente fingido (XLV, ps. 70 y 707). Cuando el heredero ejercita la acción heredada, obra en nombre de su causante y está sujeto, por tanto, a las mismas restricciones probatorias a que estaría éste si viviese; cuando actúa como lesionado en su derecho herencial, es decir, a nombre propio, es un tercero en relación con el acto simulado, y goza, en consecuencia, de entera libertad probatoria para demostrar la simulación'.'' (LXVII, p. 402 y ss.).

Con el apoyo de estas y algunas otras consideraciones, el sentenciador entra en el examen del acervo probatorio, y dice después:

''Resumiendo los anteriores elementos de prueba, y armonizándolos con los principios doctrinarios expuestos, se tiene lo siguiente:

''Por emanar de personas que por razón de vecindad, de vínculos de amistad, o por ser inquilinos de la casa que ocupan Niño Pérez y Sara María Prieto, tuvieron ocasión —como así lo manifestaron en sus exposiciones— de conocer y tratar personal y directamente a éstos, y de darse cuenta de sus actividades y condiciones de vida, los testimonios de la Toro de González, de la Ordóñez, de la Tovar de Granados, de Eurípides Porras, de Bonel, de la Albarracín, de González, de Jiménez, de Santamaría, de la Gómez de Salcedo, de Rodríguez, de Castelblanco, de Porras y de Venegas, resultan, en concepto del Tribunal, responsivos y aptos, por lo tanto para establecer en forma plena y completa los hechos que se dejaron relacionados, o sea que Niño Pérez, después de que otorgó la escritura de venta materia de la simulación propuesta, continuó ocupando la casa que por medio de ella se dijo vender, y que éste había construído en varias etapas, ejerciendo exclusivamente, y sin intervención alguna de Prieto, actos de señor y dueño, hasta su muerte. Que Niño y la Prieto, mantuvieron por mucho tiempo relaciones como de marido y mujer, conviviendo en la misma casa. Que tanto Sara María Prieto como su madre, eran personas pobres, que sólo disponían para su subsistencia de lo que la primera devengaba como empleada de los *Laboratorios Hormona*, y la segunda en su oficio de lavado y arreglo de ropas. Este último hecho lo confirma, además, la declaración de renta, aducida por la propia parte demandada como prueba, y co-

rrespondiente al año de 1953 —fecha del otorgamiento de la escritura 2339— de la que aparece que para entonces la señora Prieto no disfrutaba de renta alguna, ni tenía patrimonio, y que a su cargo estaba su madre y su hermano.

"Del dictamen pericial practicado para establecer el valor de la finca a que alude la escritura 2339 de 1953 para la época en que este instrumento se otorgó, aparece establecido en forma plena, y en razón de estar dicho dictamen debidamente fundamentado, de haberse rendido de común acuerdo, y de no haberse objetado en forma alguna, que la finca que por medio del referido instrumento se dijo vender, tenía para entonces un valor superior en cerca de diez veces al que se señaló para la venta. En ésta se fijó como precio del inmueble la suma de $ 5.000, cuando según el dictamen pericial valía la cantidad de $ 49.880. Lo írrito del precio fijado a la venta, no podía ser desconocido por Niño Pérez, siendo la profesión de éste la de albañil constructor.

"Como las posiciones prueban contra quien las formula, por constituír afirmación suya el hecho sometido a la aceptación por confesión de la parte contraria —y así lo tiene consagrado la teoría y la doctrina jurisprudencial al decir que 'los postulados o afirmaciones que hace el preguntante, para provocar la confesión del absolvente, son confesiones de aquél' (G. J. Nº 1895 *bis*, p. 140), se tiene que por parte de la misma demandada se hizo la afirmación de que el contrato contenido en la escritura 2339 de 1953 es simulado, cuando al interrogar en las referidas posiciones a José Niño y a Inés Galvis de Niño, sometió a su confesión el hecho de *ser cierta* esa circunstancia. (Preguntas 8ª de las posiciones de Niño, y 10ª de las posiciones de Blanca Galvis).

"Los hechos de que se hace mérito, independientes entre sí, y plenamente comprobados cada uno de ellos por los elementos de prueba que se dejaron relacionados, forman un conjunto del cual debe presumirse necesariamente, que en realidad el contrato contenido en la escritura 2339 de 1953, tantas veces citada, es absolutamente simulado.

"Constituyen, en efecto, presunciones de simulación, como atrás se vio con citas de las doctrinas jurisprudenciales correspondientes, la circunstancia —concurrente en el caso de autos— de que el contrato se haya celebrado entre parientes próximos o amigos íntimos, como aparece que lo eran Niño Pérez y la Prieto. El hecho —igualmente presente en autos— de la inhabilidad económica del supuesto adquirente. La desproporción —que también se configura en este proceso— entre el precio señalado a la cosa objeto de la venta, y su valor efectivo. Y, finalmente, el hecho de haber continuado el supuesto vendedor en la posesión de la cosa gozando de ella de modo exclusivo.

"Todos estos hechos, como se enunció, convergen en forma necesaria a evidenciar que entre Niño Pérez y Sara María Prieto se simuló el contrato ... simulación que se explica por la situación de las relaciones conyugales de Niño con su legítima esposa Blanca Galvis, por el propósito de que sus bienes no pasaran a poder de ésta, sino en último término al de su padre, como se lo manifestó a algunos de los testigos, y por la vinculación de afecto y de confianza que existía con Sara María Prieto".

LA IMPUGNACION

El recurrente formula dos reparos por la causal 1ª de casación:

I. "Violación indirecta de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil causada por *error de hecho* en virtud de defectuosa interpretación de la demanda, por cuanto ésta contiene una acción de *nulidad*, y aunque así lo determina el texto de aquélla, el honorable Tribunal omitió aplicar las normas precitadas, para fallar sobre una acción de simulación no propuesta por la parte actora.

"Que el libelo de demanda contiene una acción de nulidad y no de simulación, lo demuestro al transcribir y analizar el primer pedimento. Dice:

"'1º Que se declare que es INEFICAZ POR SIMULACION ABSOLUTA, el contrato de compraventa celebrado entre *Luis Alberto Niño Pérez* y *Sara María Prieto*, mediante la escritura pública número 2339 de mayo 12 de 1953, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá ...' (lo primero en mayúsculas es mío).

"De la simple lectura de la petición se encuentra objetivamente, que se ha solicitado que se declare nulo el contrato de compraventa por simulación absoluta, es decir, la ineficacia equivale a ningún valor del acto o contrato, y que por consiguiente no ha tenido vigencia en la vida jurídica de los negocios. Además, así lo argumenta en la parte final del hecho 5º al decir el actor, que no hubo intención de adquirir ni de transferir ni precio".

II. "Violación indirecta de los artículos 1766 y 1767 del Código Civil y los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, por *error de derecho*, por cuanto el honorable Tribunal apreció pruebas que la ley no admite para demostrar la simulación, si de esta acción se tratara, aunque como se probó en el anterior cargo no es la invocada por la parte actora, y por darle valor a otras pruebas no teniéndolo".

Se aduce en sustentación que como pruebas idóneas no pudieron admitirse sino otra escritura pública, contraescritura privada, o un principio de prueba por escrito, con el complemento de testimonios, indicios u otros medios, y que nada de ello aparece en los autos, como tampoco la confesión de parte, que también sería admisible.

Critica, en consecuencia, al sentenciador en cuanto admitió para motivar su fallo testimonios e indicios, y concluye así:

"En tales circunstancias, el juzgador ha violado dichas disposiciones (aa. 1767 C. C., 91, 92 y 93, L. 153 de 1887 y 604 C. J.) e indirectamente el artículo 1766 del Código Civil por no haberle dado aplicación a esta norma, en la cual se establecen los medios de prueba para la simulación entre las partes, puesto que de haberlo hecho, aparece de bulto que en el caso de autos las pruebas aducidas no son idóneas para establecer la simulación pretendida, y en consecuencia la parte resolutiva de la sentencia proferida hubiera sido otra.

"De manera que el error de derecho es de una claridad meridiana, por cuanto se les asignó al principio de prueba por escrito, a los indicios y a la pretendida confesión un valor distinto al de la tarifa legal, y a los testimonios por haber sido apreciados como prueba y que no son de recibo para el caso de autos".

SE CONSIDERA:

1. A pesar de la imprecisión y vacilaciones anteriores, la jurisprudencia de la Corte desde 1954 se ha orientado definitivamente en el sentido de individualizar y distinguir las acciones de nulidad y de simulación, como lo hiciera ya en el lapso de 1935 a 1940.

La verdadera fisonomía de la acción de simulación se caracteriza por la finalidad de desvanecer el acto aparente, revelar la realidad y conseguir que prevalezca el querer auténtico de las partes, y no porque incidan vicios o defectos de forma que frustren la eficacia de la voluntad como en los actos nulos, sino porque debe suprimirse la apariencia del negocio que apenas se finge con el propósito de ocultar, o que no se quiso cambio alguno de la situación jurídica preexistente, si la simulación es absoluta; o disfrazar con lo ostensible el acto secreto, si la simulación es relativa.

2. Así, entre otras varias sentencias de casación, expuso la Corte el 2 de septiembre de 1954:

"La nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden ser equiparadas ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse, y así lo aceptó la doctrina por largos años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad y a la simulación para conservarles su fisonomía propia.

"La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico, sino solo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal, como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena". (LXXVIII, 2146, 553).

3. Por la sentencia declarativa de simulación con respecto a terceros desaparecen *ex nunc* los efectos jurídicos que por su apariencia externa produjera el acto simulador; en tanto que la nulidad judicialmente declarada suprime *ex tunc* los efectos del negocio jurídico. Es, en verdad, por ley como la simulación no produce consecuencias contra terceros (1766 C. C.), a diferencia de la nulidad que además de restituír a las partes "al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", por regla general "da acción reivindicatoria contra terceros poseedores". (1746, 1748 *ibídem*).

4. Si, pues, con las diferencias sustanciales concernientes a terceros, la ineficacia se predica no sólo para la nulidad sino también para el acto simulador, no yerra el Tribunal, y menos por manera manifiesta de hecho, al entender

que en la demanda está ejercida la acción de prevalencia y no la de nulidad. A lo cual se agrega que la *causa petendi*, que es matriz de las súplicas, corresponde en sus términos a la invocación de negocio radicalmente fingido, a tiempo en que lo principal del *petitum* contempla la declaratoria de "ineficacia por simulación absoluta" de una determinada compraventa.

El sentenciador no ha leído nada que no esté escrito en la demanda inicial del juicio. Por ello, no le es imputable ningún error de hecho. El establecer diferencia específica entre nulidad y simulación es punto eminentemente jurídico que, sin desconocer o discutir el valor de las pruebas, busca el relieve de los hechos conforme a los preceptos del ordenamiento, en lo cual no incide la teoría del error como causa que desprendida del campo probatorio conduzca por vía indirecta al quebranto de normas sustanciales.

Y si, como viene expuesto, la simulación es inductiva de ineficacia, aunque no contra terceros, la circunstancia de que en el libelo esté pedida la declaración judicial de "ineficacia por simulación absoluta" no envuelve el ejercicio de la acción de nulidad, desde luego que el contenido jurídico de la súplica así hecha, apenas significa que tal declaración no ha de producir efectos contra terceros, a pesar de que el negocio controvertido sea absolutamente simulado y por lo mismo incapaz de modificar la situación jurídica preexistente entre las partes, o sea que lo enajenado en apariencia no salió en realidad del patrimonio del difunto vendedor.

5. Si la apariencia de enajenación se mantuviera como eficaz en derecho, obvio sería el menoscabo de las asignaciones forzosas, que por motivos de orden público limitan la capacidad dispositiva del causante sobre su propia herencia. Lo cual es muy elocuente para demostrar que quienes como titulares de asignaciones forzosas y en su defensa ejercitan la acción de prevalencia, proceden *iure proprio* con apoyo directo en la ley, y no en el lugar jurídico del causante cuya voluntad precisamente discuten e impugnan.

Cuando esto sucede, como en el presente pleito, la simulación frente a los asignatarios forzosos es un *hecho* para el cual no existe limitación de medios probatorios en la tarifa legal, y el sentenciador, en su soberanía, pudo entonces valorar testimonios e indicios dentro de los poderes de apreciación que le incumben, y sin necesidad de hallar en los medios rango equiparable a escritura pública como si se tratara de acreditar la simulación *inter partes*.

6. De modo que si esta impugnación estriba en entender que para los legitimarios están restringidas las pruebas como para la simulación entre las partes, el cargo por error de derecho no está llamado a prosperar, y menos cuando no se demuestra ningún género de abuso o distorsión en el ejercicio de las facultades que para valorar las pruebas son propias del juzgador en la instancia.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 10 de octubre de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

El Secretario,

Ricardo Ramírez L.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Normas para hacerlo valer. Casación. La invocación de los artículos 637 del Código Judicial y 1761 del Código Civil, por sí solos no son suficientes para fundar el recurso.

1. El Código Civil Colombiano no consagra en norma expresa como origen de obligaciones el enriquecimiento sin causa, a diferencia de legislaciones como la alemana, que en el artículo 812 del Código Civil, obliga a restituír toda adquisición realizada sin causa jurídica a costa de otra, la suiza, que coloca el enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones; la austriaca, la soviética y la japonesa que lo establecen en forma general.

La jurisprudencia francesa, a falta de disposición legal, ha aplicado el principio del enriquecimiento injusto, fundado en la regla del Código Civil de que el Juez no puede abstenerse de fallar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, que es lo mismo que estatuye el artículo 48 de la Ley 153 de 1887.

Además de esta disposición, que sería suficiente para la aplicación del mismo principio, la jurisprudencia de la Corte en repetidos fallos ha sostenido que él encuentra fundamento suficiente en la equidad y en el artículo 8º de la citada Ley 153 de 1887, que ordena aplicar las reglas generales de derecho, cuando, a falta de ley exactamente aplicable al caso controvertido, no hay leyes que regulen casos o materias semejantes, ni doctrina constitucional.

Esas reglas generales de derecho se hallan así, por disposición expresa de la ley, erigidas en normas reguladoras de la vida jurídica. Entre esos principios o reglas generales de derecho, se halla el consabido JURE NATURAE AEQUUM EST NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INJURIA FIERI LUCUPLETIOREM. Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

Por consecuencia de estar sancionados tales principios o reglas por ley expresa, o mejor, estando elevadas a la categoría de leyes positivas de carácter sustancial, las sentencias de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Superiores, pueden dar margen a que se reclame su enmienda por medio del recurso de casación tanto por violación directa como indirecta e invocando no solamente el principio violado sino la correspondiente norma positiva que la respalde.

La Corte en sentencia de 12 de diciembre de 1955 a propósito de esta regla, dijo: "...Nunca se han admitido por el derecho figuras eficaces de donde puedan emanar obligaciones que no obedezcan a causa legítima; y a tal punto es respetado ese criterio jurídico fundamental, que su desconocimiento, sin necesidad de texto expreso, sirve de base para sustentar el recurso de casación ante la Corte, por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia del juzgamiento, o en último término por el quebranto de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil" (T. LXXXI. Nos. 2160, 2161. Pág. 729).

Pero tratándose del enriquecimiento sin causa, alegado como acción o como excepción, debe someterse a las normas que la jurisprudencia ha señalado para hacerlo valer. Entre ellas está la de que no tiene aplicación sino cuando la prestación reclamada nó tiene origen en ningún contrato o cuasicontrato, ni en un delito o cuasidelito ni en la ley, en razón de que es un medio subsidiario.

2. Los artículos 637 del Código Judicial y 1761 del Código Civil, señalan los requisitos que debe reunir el documento privado para que tenga el valor de confesión o de escritura pública o de

plena prueba respecto de las personas que lo han suscrito o sus sucesores y contra los cuales se exhiben. Estas normas conforme a sostenida doctrina de la Corte cabe invocarlas en la acusación por error de derecho o de valoración de una prueba, pero al lado de ellas deben citarse las propiamente sustantivas, ya que si bien aquellas tienen tal carácter, por sí solas no son suficientes para fundar el recurso, porque su violación es apenas un medio por el cual se infringe la ley sustancial.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Posada C.).

El Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, "abrió concurso de acreedores a los bienes de la Sociedad Civil 'Chivor Emerald Mines Inc.' domiciliada en el Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con negocios permanentes en Colombia, en esta ciudad de Bogotá", por auto de nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y dos y a solicitud del apoderado de la misma entidad.

Adelantadas las ritualidades propias de este juicio, el mismo Juzgado profirió sentencia de graduación de créditos el veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, en la cual declaró no probados algunos créditos, dispuso el pregón y remate de los bienes embargados, y ordenó pagar "en primer término las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores".

En segundo lugar, íntegramente o a prorrata, si fuere el caso, con el privilegio de "prestaciones provenientes de contratos de trabajo", los siguientes créditos que declaró probados:

"A favor de Hernando Gómez por $ 2.000.00; a favor de Frida di Rocca por $ 16.000.00; a favor de Policía Nacional por $ 22.500.00; a favor de Helmuth Oppenheiner por $ 14.500.00; a favor de John M. Mc. Grath por US$ 31.300,00 cantidad demandada, o por su equivalente en moneda legal colombiana, al tipo del cambio vigente cuando se contrajo la respectiva obligación".

Con el privilegio de segunda clase de que trata el ordinal 32 del artículo 2497 del Código Civil, ordenó pagar los créditos que declaró probados, a favor de Sixto Morales por $ 7.700.00 y a favor de Luis Francisco Piñeros por $ 10.000.

Mandó pagar con el sobrante, a prorrata de sus valores, los siguientes créditos, que declaró probados sin ningún grado de privilegio:

"5º En cuarto lugar páguense con el sobrante, a prorrata de sus valores, los siguientes créditos con sus intereses que se declaran probados sin ningún grado de privilegio: A favor de Francis P. Pace por US$ 100.571.45 o por su equivalente en moneda colombiana para el tiempo en que se contrajo la obligación; a favor de Grace A. Diaso por US$ 18.905.00 o por su equivalente también en moneda colombiana para el tiempo en que se contrajo la obligación; a favor de Américo Carnicelli por $ 5.000.00; a favor de Luis Salat Gusile por $ 4.350.00; a favor de Frida Jeremías di Rocca por un total de $ 26.500.00; a favor de César Orjuela por $ 4.373.52 y $ 44.477.88; a favor de Francisco Antonio Correa por US$ 12.000.00 o por su equivalente en moneda colombiana al tipo de cambio vigente en el tiempo en que se contrajo la obligación; a favor de Carlos H. Hernández por $ 683.00; a favor de Alberto Arévalo por $ 1.050.00; a favor de Noel Rodríguez por $ 2.496.00; a favor del señor Walter de Freitas por $ 12.055.00; a favor de Alberto Arango por $ 757.40; a favor de Carmen Palomino por $ 1.925.00; a favor de Eduardo Clavijo por $ 588.85 y $ 2.288.37; a favor de Carlos Salcedo Pinzón por $ 20.000.00; a favor de Alfredo Albornoz Plata por $ 1.500.00; a favor de Hernando Torres Neira por $ 100.00 y a favor de Luis Salomón por $ 90.000.00 y $ 10.000.00.

El juicio subió al Tribunal en apelación interpuesta por los apoderados de la sociedad concursada y de los acreedores Walter de Freitas, Frida Jeremías, Luis Salomón, Francis P. Pace, Antonio J. Cabrera, Efraín Sierra y Pedro J. Piñeros.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió la alzada en sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

Sobre las alegaciones que hizo el personero Luis Salomón, consideró el sentenciador que no era el caso de acceder a la solicitud de reforma del fallo en relación con el crédito de este apelante.

Halló justas las observaciones del representante de Fridas Jeremías, referentes a que en la sentencia de graduación se omitió incluír los créditos reconocidos en auto de tres de noviembre de 1953 por un total de $ 64.166.26 y dispuso agregarlos a los aceptados por el Juzgado.

Reconoció que el crédito de Walter de Freitas goza de privilegio y así debe pagarse.

Respecto de los créditos de Cabrera, Sierra y Piñeros encontró que no podían reconocerse por no hallarse debidamente establecidos.

Ni el apoderado de la sociedad concursada ni el de Francisco P. Pace hicieron ante el Tribunal observación u objeción alguna sobre lo resuelto por el Juzgado. En razón de esta actitud, reformó la sentencia apelada en estos términos:

"Refórmase la sentencia de fecha veintinueve de septiembre de 1956, proferida en este negocio por el señor Juez 5º Civil de este Circuito, materia de la alzada, así:

"1º El crédito de Walter de Freitas, debido a que su causa se deriva de una relación laboral o de trabajo, goza de privilegio y, en consecuencia, se debe pagar con esta calidad.

"2º El total de los créditos de Frida Jeremías di Rocca es la cantidad de $ 106.666.26 y no la expresada en la parte resolutiva de la sentencia revisada. Es de advertir, que dentro de esta suma total está comprendido el crédito de $ 16.000.00, el que por provenir de un contrato de trabajo, es el que únicamente goza de privilegio en su pago.

"3º Declárase no probado el crédito del señor Luis Francisco Piñeros, por la suma de $ 10.000, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

"Confírmase la referida sentencia en todo lo demás".

Contra el fallo del Tribunal interpusieron recurso extraordinario de casación el apoderado de la compañía concursada, el de Charles J. Kushell III, cesionario del acreedor Alfredo Albornoz Plata, y el representante del mismo Kushell III como subrogatorio de los acreedores Helmuth Oppenheiner, Américo Carnicelli, Eduardo Clavijo, Sixto Morales y Willis Frederich, y como sustituto de Carlos F. Hernández y de Charles J. Kushell III, el apoderado general de John M. Murphy, albacea del acreedor Francisco P. Pace, de Marie B. Pace heredera única de éste, y Grace Diaso, acreedor reconocido en el concurso.

El recurso extraordinario propuesto por el representante de la compañía Chivor Emerald Mines Inc. se declaró desierto en razón de no haber suministrado papel para el repartimiento del negocio.

De las dos demandas de casación, no cabe considerar la presentada por el abogado que tiene la procuraduría del acreedor Alfredo Albornoz Plata a causa de que éste no apeló del fallo de primera instancia.

Respecto de la del apoderado del subrogatario de los acreedores Oppenheiner, Carnicelli, Clavijo, Morales, Frederich, Hernández y Diaso y sustituto del apoderado general del albacea y heredera única del acreedor Francisco P. Pace, solamente debe estudiarse en cuanto toca con los representantes de este causante, porque de todos los citados fue el único que apeló de la sentencia de primer grado.

Sabido es que el recurso de casación, lo mismo que el de alzada, no se entiende interpuesto sino en lo desfavorable de la sentencia contra la cual se hace valer. Y no existe disfavor o agravio ninguno para los litigantes que consintieron la sentencia de primera instancia, toda vez que no hicieron valer contra ella el recurso de alzada. En estas condiciones, el fallo del Tribunal que confirmó la sentencia de primera instancia en relación con los acreedores que no reclamaron de ella, no podía ser atacado en casación por ellos, pues para esto era indispensable haber agotado todos los medios de instancia que la ley concede a quienes son partes en el juicio.

DEMANDA DEL APODERADO DE LA HEREDERA Y DEL ALBACEA DE FRANCISCO P. PACE

Se dirige contra la sentencia en cuanto reconoce los créditos de John Mc. Grath y Walter de Freitas por las cantidades de US$ 31.300.00 y $ 12.055.00, respectivamente, como privilegiados, debido a que provienen de una relación laboral.

CREDITO DE Mc. GRATH

En relación con el primero de estos dos créditos, el recurrente le hace dos cargos al fallo del Tribunal, el primero por violación indirecta del artículo 1609 del Código Civil, que no se aplicó a consecuencia del error evidente de hecho de dar por establecido sin estarlo que Mc. Grath cumplió a cabalidad las obligaciones que asumió por el contrato contenido en el documento presentado como título ejecutivo, suscrito el 31 de agosto de 1951, y "al error de derecho de dar por probado el cumplimiento de Mc. Grath mediante el mismo documento en que se especifican las obligaciones de las partes para el futuro, cuya ejecución solamente daría derecho a exigir la contraprestación, cuando la

prueba del cumplimiento correspondía darla al presunto acreedor según el artículo 1757 del Código Civil, violado consecuencialmente".

Para demostrar estos errores, transcribe del contrato de trabajo, celebrado entre Chivor Emerald Mines Inc. y John Martín Mc. Grath, la segunda cláusula, que dice: "Mc. Grath conviene en dedicar sus mejores esfuerzos a los intereses de Chivor, colocando a Chivor en base financiera sana y actuando a nombre de Chivor en su calidad de experto en sociedades por acciones y experto financiero, negociando con los varios acreedores de Chivor en los Estados Unidos y en Colombia, con el fin de obtener posibles arreglos de los reclamos de los acreedores, buscando ayuda financiera para Chivor en lo que pudiera incluír negociaciones relacionadas con el arriendo de las propiedades mineras de Chivor, y, por lo demás, con toda diligencia y de acuerdo con su habilidad en todo respecto para hacer todo lo posible para fomentar los mejores intereses de Chivor".

El Tribunal, como el Juez de primer grado, prosigue el impugnador, da por establecido que Mc. Grath cumplió todas estas obligaciones cuando solamente resulta demostrado que el acreedor sólo permaneció en Colombia unos treinta días, que no conoció siquiera las minas y tierras de la compañía concursada, y sólo estuvo en Bogotá, y en Cali. "En estas condiciones no podía y no cumplió el contrato que lo hacía acreedor a la remuneración".

El sentenciador no dio a los testimonios de Roberto Castro y Marcelino Valencia el valor de plena prueba de que en realidad Mc. Grath no pudo cumplir el contrato celebrado con Chivor. El pleno valor probatorio de tales testimonios se lo otorga el artículo 697 del Código Judicial.

"Al no haber incurrido el sentenciador de segunda instancia en estos errores, hubiera declarado no probado el crédito del referido señor John Mc. Grath y hubiera absuelto de él a la entidad demandada".

SE CONSIDERA:

Está visto que el Tribunal, teniendo de presente las observaciones que le hicieron los apoderados de los acreedores Luis Salomón, Frida Jeremías, Walter de Freitas, Antonio J. Cabrera, Efraín Sierra y Pedro J. Piñeros, hizo pronunciamiento sobre los créditos correspondientes a ellos, y confirmó en lo demás la sentencia. Como ninguno de aquellos apoderados ni el de Francisco P. Pace alegaron acerca del crédito de John Mc. Grath, quedó comprendido dentro de la confirmatoria pronunciada por el fallador de segunda instancia, y, por ende, acogida la motivación del fallo de primer grado.

En el detenido estudio que esta pieza hace de tal acreencia, se advierte que tuvo en cuenta los siguientes documentos:

1º Un certificado de Jack Goldner, revisor fiscal de la Chivor, quien tenía "los libros de cuentas bajo auditoría continua", sobre que en los registros y libros de cuentas de la sociedad concursada en la Oficina Matriz de Nueva York figura "desde el primero de noviembre de 1951 una obligación por la suma de US$ 31.300.00 con John Mc. Grath por sueldos debidos y no pagados". Esta certificación fechada en Nueva York el 3 de noviembre de 1951, fue juramentada el mismo día ante el Notario Público del Estado de Nueva York.

2º Un documento suscrito por Francisco P. Pace, Presidente de Chivor Emerald Mines Inc., juramentado ante Notario Público de Nueva York el 9 de noviembre de 1951, en el cual reconoce que la sociedad está endeudada, entre otros empleados, con "Jhon Mc. Grath, dirección 90 Wall Street, New York (U.S.A.) por la suma de $ 31.300.00 (U.S.) por concepto de sueldos devengados y no pagados". Y agrega: "Se admite y declara que las cantidades arriba anotadas por concepto de sueldos devengados y no pagados a dichas personas anteriormente mencionadas, les son debidas por esta sociedad; que ningún pago ha sido hecho por concepto de las mismas; y que no hay ninguna deducción o retención que hacer a las acreencias anteriormente mencionadas".

3º El contrato acordado entre la Sociedad Chivor y el acreedor Mc. Grath sobre empleo de éste al servicio de ella, para dedicar sus mejores esfuerzos a los intereses de Chivor "con el empeño de aliviar la situación presente..." y, demás objetivos que se leen en el aparte transcrito por el recurrente en su demanda; la remuneración de US$ 60.000.00 de los cuales debían pagársele US$ 30.000.00 al finalizar un mes contado desde la fecha del contrato, que lo fue el 31 de agosto de 1951, y el término del empleo por dos años.

4º Una declaración de Francisco P. Pace, Presidente de la Chivor Emerald Mines Inc. en que pretende fijar el alcance del contrato celebrado con Mc. Grath, y agrega que incluyó el crédito de US$ 31.300.00 entre los acreedores extranjeros por exigencias de este "aunque ni

siquiera había comenzado el contrato de trabajo''.

Basado en estos documentos, el fallador encuentra en el reconocimiento del crédito de US$ 31.300.00 por parte del presidente de la compañía concursada, la existencia del crédito reclamado por concepto de sueldos devengados y no pagados.

En el contrato advierte un mandato, el cual, por la remuneración pactada, reviste el carácter de bilateral, ''que permite la proposición de la 'exceptio non adimpleti contratus' la cual defensa fue la que en el fondo propuso el señor apoderado de la compañía''.

En el mandato a Mc. Grath halla el Juzgado dos características, a saber: La relatividad del éxito de las gestiones del mandatario, no el logro definitivo como objetivo único del contrato; y obligatoriedad, ante cualquier evento, de la remuneración fija desde la fecha del acuerdo.

Sobre la primera, los términos empleados al respecto en el contrato suponen ''apenas un intento de éxito, sin que esto implique el logro definitivo del mismo como objetivo único del pacto''.

''La segunda está concebida en los términos contractuales que determinaban remuneración fija desde la fecha del acuerdo''.

''En el documento se reconoció de antemano que el mandatario había 'consagrado su tiempo y energías hasta el punto de haberse familiarizado con los negocios y la situación general de los asuntos sociales de la Chivor'.''

El propio apoderado sustituto de la sociedad en escrito actuante en el proceso, aceptó que Mc. Grath permaneció en Colombia por espacio de unos 30 días, limitando su permanencia a las ciudades de Cali y Bogotá.

Analiza las declaraciones rendidas por Roberto Castro Vargas y Marcelino Valencia respecto de las gestiones que John Mc. Grath adelantó en dichas ciudades, y concluye el fallo:

''Son suficientes, por las consideraciones precedentes, los testimonios analizados para demostrar plenamente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 697 ibídem, que el señor Mc. Grath, en cumplimiento de su encargo, realizó gestiones en esta ciudad, y en la de Cali, encaminadas a financiar a la compañía, después de haber viajado desde los Estados Unidos. Esta actividad sumada a la reconocida, al ser celebrado el contrato, es suficiente para entender que se hizo acreedor sino (sic) a la totalidad de la remuneración convenida por lo menos a la demandada y reconocida por el presidente de la sociedad, la cual sólo requería para ser devengada, por razón del tiempo, el transcurso de dos meses contados desde el día en que se celebró el contrato, o sea el 31 de agosto de 1951''.

El error de hecho en que pudo haber incurrido el fallador, según sostenida doctrina de la Corte, debía provenir de que tuvo por probado el cumplimiento del contrato por parte de Mc. Grath por haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba existente en el expediente que demuestra de modo evidente que no hubo tal cumplimiento, o por haber aceptado este hecho en razón de un medio de juicio que no obra en el proceso. Y al tenor del artículo 520 del Código Judicial, el impugnante estaba obligado a demostrar el error evidente indicando cuál es la prueba que demuestra el incumplimiento o cuál el medio tenido en cuenta y que no existe en el proceso. La demanda apenas se limita a transcribir la cláusula del contrato en que se fijan las obligaciones de Mc. Grath, y a afirmar que sólo resulta establecido que éste solamente permaneció treinta días en Cali y Bogotá, sin que siquiera hubiera conocido las minas de la sociedad concursada. Esta es una simple afirmación, ya que no cita el medio que demuestre la permanencia del acreedor Mc. Grath.

El fallo acusado para no declarar probada la excepción de contrato no cumplido, se basó no solamente en el suscrito entre el Presidente de la Chivor y Mc. Grath, sino en el reconocimiento de la deuda por aquél, la certificación del revisor fiscal de la sociedad Chivor, y las declaraciones rendidas por los testigos Castro y Valencia sobre las gestiones cumplidas por Mc. Grath en Colombia. Ante estas apreciaciones de la sentencia, al recurrente correspondía acusarla por el error manifiesto de hecho que se hubiera cometido en la estimación de todos estos elementos de prueba, y haberlo demostrado en forma tal que llevaran a una conclusión contraria de la recogida en la sentencia. No hubo, empero, siquiera un intento al respecto.

El error de derecho consistente en que el fallador no les dio a los testimonios de Roberto Castro y Marcelino Valencia el valor de plena prueba demostrada de que Mc. Grath ''no pudo cumplir el contrato celebrado con la Chivor'', ante la acogida que les dio el Tribunal de ser un elemento que unido a los demás analizados en la sentencia prueba que sí cumplió el contrato, no sería de derecho sino de hecho por cuanto el Tribunal hubiera visto en ellos relato distinto del que en realidad hacen, esto es, el incumplimiento. En el error de derecho la sentencia

advierte la realidad de lo que los testigos manifiestan, pero no les da el mérito probatorio reconocido en la ley.

Los cargos no prosperan.

Tercer cargo

Lo enuncia así: "Violación del principio de derecho de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, en relación con los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1887".

Las razones en que lo funda se resumen así:

Está demostrado que Mc. Grath fue contratado para un período de dos años a partir del primero de septiembre de 1951 y que la remuneración convenida por todo este tiempo fue de US$ 60.000.00, "lo que demuestra que por mes ganaría US$ 2.500.00".

Si el acreedor Mc. Grath cobra el trabajo realizado "entre el primero de septiembre y el primero de noviembre, solamente podría hacerlo hasta por la suma de US$ 7.500.00 y nada más".

Interpretado lógica y legalmente el contrato referido, se entiende que la Chivor iba a hacerle a Mc Grath un anticipo de US$ 30.000.00. "Como esta suma no se le entregó a Mc Grath y éste no continuó en el contrato de trabajo, tampoco se le debe ni la puede exigir".

La constancia que se le expidió de debérsele esa suma, la explica suficientemente Pace. (Fol. 124 cuad. 35).

"Al no haberse violado por el Tribunal el principio de derecho del enriquecimiento injusto", si se hubiera aceptado el crédito a favor de Mc. Grath, habría sido por una cuantía inferior a US$ 7.500.00.

SE CONSIDERA:

El Código Civil Colombiano no consagra en norma expresa como origen de obligaciones el enriquecimiento sin causa, a diferencia de legislaciones como la alemana, que en el artículo 812 del Código Civil, obliga a restituír toda adquisición realizada sin causa jurídica a costa de otro; la suiza, que coloca el enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones; la austriaca, la soviética y la japonesa que lo establecen en forma general.

La jurisprudencia francesa, a falta de disposición legal, ha aplicado el principio del enriquecimiento injusto, fundado en la regla del Código Civil de que el juez no puede abstenerse de fallar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, que es lo mismo que estatuye el artículo 48 de la Ley 153 de 1887.

Además de esta disposición, que sería suficiente para la aplicación del mismo principio, la jurisprudencia de la Corte en repetidos fallos ha sostenido que él encuentra fundamento suficiente en la equidad y en el artículo 8º de la citada Ley 153 de 1887, que ordena aplicar las reglas generales de derecho, cuando, a falta de ley exactamente aplicable al caso controvertido, no hay leyes que regulen casos o materias semejantes, ni doctrina constitucional.

Esas reglas generales de derecho se hallan así por disposición expresa de la ley, erigidas en normas reguladoras de la vida jurídica. Entre esos principios o reglas generales de derecho, se halla el consabido *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri lucupletiorem*. Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

Por consecuencia de estar sancionados tales principios o reglas por ley expresa, o mejor, estando elevadas a la categoría de leyes positivas de carácter sustancial, las sentencias de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Superiores, pueden dar margen a que se reclame su enmienda por medio del recurso de casación tanto por violación directa como indirecta e invocando no solamente el principio violado sino la correspondiente norma positiva que la respalde.

La Corte en sentencia de doce de diciembre de 1955 a propósito de esta regla, dijo: "...Nunca se han admitido por el derecho figuras eficaces de donde puedan emanar obligaciones que no obedezcan a causa legítima; y a tal punto es respetado ese criterio jurídico fundamental, que su desconocimiento, sin necesidad de texto expreso, sirve de base para sustentar el recurso de casación ante la Corte, por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia del juzgamiento, o en último término por el quebranto de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil". (T. LXXXI. Números 2160-2161. Pág. 729).

Pero tratándose del enriquecimiento sin causa, alegado como acción o como excepción, debe someterse a las normas que la jurisprudencia ha señalado para hacerlo valer. Entre ellas está la de que no tiene aplicación sino cuando la prestación reclamada no tiene origen en ningún contrato o cuasicontrato, ni en un delito o cuasidelito ni en la ley, en razón de que es un medio subsidiario.

En el caso que se estudia, no cabría la invocación del enriquecimiento sin causa, como excepción, porque es manifiesto que el crédito reclamado por Mc. Grath se deriva del contrato que celebró con la compañía concursada del cual han nacido la acción de cobro que ejercita el acreedor dentro de este concurso, y la excepción de contrato no cumplido para la compañía, que la hizo valer y no logró demostrar.

De otra parte, la impugnación la formula el acusador por violación directa, que como es sabido toca solamente con la cuestión de derecho, no con la de hecho que es necesario aceptar como la halló el sentenciador. Y aquí, lejos de aparecer que solamente se le debería a Mc. Grath la suma de US$ 7.500.00, al estudiar la tacha anterior se vio que el fallador encontró demostrado el crédito por US$ 31.300.00 en razón de que no halló demostrada la excepción de contrato no cumplido.

El cargo, por lo tanto, no puede prosperar.

CREDITO DE WALTER DE FREITAS

Por este aspecto el impugnador también le formula al fallo del Tribunal dos tachas por violación directa: la primera de los artículos 1761 del Código Civil y 637 del Código Judicial, y la segunda, del artículo 1502 del Código Civil.

Primer cargo

Las razones en que lo sustenta se pueden resumir así:

Walter de Freitas fue reconocido como acreedor con base en la constancia que le firmó el doctor Mauricio Makenzie, apoderado de la entidad concursada, el doce de abril de 1952, que no está suscrita por testigos, ni reconocida ni autenticada. El artículo 637 del Código Judicial preceptúa que estos documentos deben ser reconocidos por la persona que debe cumplirlos, para que tengan fuerza de confesión judicial.

Si el Tribunal no hubiera violado esta norma y la contenida en el artículo 1761 del Código Civil no habría reconocido el crédito de Freitas.

Dicha constancia no es un instrumento negociable o de comercio, por tanto, no le son aplicables los artículos 4º y 185 de la Ley 46 de 1923 y el 889 del Código de Comercio, sino que está sometida a los reconocimientos de la ley civil.

"No ha habido reconocimiento tácito alguno por tratarse de un juicio de apremio en que el título ejecutivo debe presentarse ya reconocido o hacerse autenticar antes de la ejecución o el cobro judicial".

SE CONSIDERA:

La violación directa de la ley, respaldada en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, según éste lo expresa, toca con las normas sustantivas propiamente dichas.

Los artículos 637 del Código Judicial y 1761 del Código Civil como directamente transgredidos en la sentencia, tocan, el primero, con el valor de plena prueba que tienen los documentos privados que hayan sido extendidos o registrados y reconocidos en la forma legal, y el segundo, con el valor de escritura que tienen los mismos respecto de los que lo han suscrito, "cuando se han mandado tener por reconocidos en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley". Uno y otro precepto señalan los requisitos que debe reunir el documento privado para que tenga el valor de confesión o de escritura pública o de plena prueba respecto de las personas que lo han suscrito o sus sucesores y contra los cuales se exhiben. Estas normas, conforme a sostenida doctrina de la Corte cabe invocarlas en la acusación por error de derecho o de valoración de una prueba, pero al lado de ellas deben citarse las propiamente sustantivas, ya que si bien aquéllas tienen tal carácter, por sí solas no son suficientes para fundar el recurso, porque su violación es apenas un medio por el cual se infringe la ley sustancial.

El cargo es inane.

Segundo cargo

Acusa la sentencia también por la primera causal, en cuanto violó directamente el artículo 1502 del Código Civil que requiere como primer requisito, para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad "que sea legalmente capaz".

El desarrollo es del siguiente tenor:

La constancia presentada por Freitas para que se le reconociera como acreedor, fue suscrita por el doctor Mauricio Makenzie el 2 de abril de 1952, en la cual se dice apoderado general de la Chivor Emerald Mines Inc.

Para esta fecha, dicha sociedad había sido privada de la administración de sus bienes, y su representante legal, para obligarse, ya no era aquél sino el síndico del concurso, según el artículo 1085 del Código Judicial.

"La Chivor fue sometida a concurso el 9 de febrero de 1952 y por tanto el doctor Makenzie no la podía obligar con posterioridad a esta fecha".

Su mandato había terminado para la fecha en que expidió la constancia. El artículo 2189 establece que el mandato termina por la quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario "del uno o del otro" y la Chivor había sido sometida a concurso desde el 9 de abril de 1952.

SE CONSIDERA:

El apoderado del acreedor Freitas alegó ante el Tribunal que al crédito reconocido a su representado en la sentencia de primera instancia no se le dio la prelación que le correspondía como de primera clase, según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 165 de 1941, que coloca en ella "los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo".

La sentencia encontró valederas estas razones, y reformó la sentencia al respecto, así: "El crédito de Walter de Freitas, debido a que su causa se deriva de una relación laboral o de trabajo, goza del privilegio y, en consecuencia, se debe pagar con esta calidad".

La sentencia de primera instancia sobre la existencia de este crédito, dice: "Crédito del señor don Walter de Freitas. Fue reconocido por providencia ejecutoriada. No tiene privilegio".

Al confirmar el Tribunal la sentencia de primera instancia con la modificación de ser privilegiado el crédito de Freitas, aceptó la existencia de él mediante el documento suscrito por el apoderado de la Chivor Emerald Mines Inc. sin la menor observación.

En estas condiciones, la acusación por violación directa del artículo 1502 del Código Civil en cuanto el que firma la constancia de deuda ya no tenía el carácter de apoderado de la sociedad concursada, no es conducente, porque es sabido que la infracción directa no toca con cuestiones de hecho, dado que éstas ha de aceptarlas la Corte como las encontró el fallador de instancia. Y en el cargo que se considera, habría que estudiar los documentos que obran en el expediente, citados por el impugnante, para saber si, en realidad, el que firmó la obligación a favor de Freitas por US$ 31.300.00, a nombre de la Chivor, ya no la representaba. Esto implicaría una apreciación de tales pruebas que le está vedada a la Corte en casación, cuando el cargo no versa sobre error manifiesto de hecho o de derecho, y no se le demuestre, en tal supuesto, la existencia de aquellos yerros.

Esta sola consideración permite concluír que el cargo no puede prosperar.

En consecuencia de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve en el juicio de concurso de acreedores a los bienes de la sociedad Chivor Emerald Mines Inc.

Los actores en el recurso deben pagar las costas causadas en él.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CLAUSULA PENAL

Acumulación excepcional de la pena civil con la indemnización de perjuicios. Inconsonancia. Error de hecho y de derecho.

1. Como lo enseña la doctrina, el vicio de inconsonancia consiste en la falta de armonía entre la parte resolutiva del fallo y las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas.

2. En punto de técnica de casación, es impropio acusar por error de hecho y de derecho simultáneos la apreciación por el Tribunal de la cláusula de un contrato.

3. El ordenamiento del artículo 1600 del Código Civil corresponde al pensamiento rector de la ley en la materia, según el cual la cláusula penal es una liquidación anticipada de perjuicios hecha convencionalmente, aunque se ignore de antemano cuál haya de ser el daño real. Por ello, el acreedor no puede, en principio, acumular la pena con la indemnización de perjuicios.

El hecho de que el artículo 1594 ibídem permita que se acumule el cumplimiento de la obligación principal con la pena, cuando aparezca haberse estipulado ésta por el simple retardo, no significa que, además de ello, pueda exigirse por el acreedor la indemnización de perjuicios, extremo este último no contemplado en el dicho artículo 1594. La posibilidad de esta acumulación integral está regida a modo de excepción por el artículo 1600, para el caso de que así se haya estipulado expresamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 20 de octubre de 1959, en el juicio ordinario seguido por Rosa María Camacho de Ferro frente a Rafael Reyes Gómez.

I

ANTECEDENTES

Mediante documento privado suscrito el día 13 de enero de 1951, Rosa María Camacho de Ferro y Rafael Reyes Gómez celebraron una promesa de permuta, en virtud de la cual se obligaban: la primera a transferir el dominio de la finca número 15-51 de la calle 60 de esta ciudad al segundo, y éste a transferir a aquélla el dominio de la finca número 7-93 de la carrera 12, también de esta ciudad, y a pagarle un complemento de $ 20.000.00 en dinero, de los cuales Reyes Gómez cubrió $ 6.000.00 en aquel acto, respondiendo de satisfacer el saldo en la solemnización del contrato prometido; se fijó como día para el otorgamiento de la escritura pública perfectiva de la permuta, el 5 de marzo de 1951; y, en cuanto a la entrega material de los bienes, se estipuló en la cláusula sexta lo siguiente: "que se harán mutua entrega de los inmuebles así: el de Camacho de Ferro a Reyes Gómez al término de dos meses y medio (2½) contados a partir de la fecha de este documento; y el de Reyes Gómez a Camacho de Ferro el primero de marzo venturo. En el caso de que no se hicieren entrega en los plazos estipulados, Camacho de Ferro pagará a Reyes Gómez quince pesos ($ 15.00) diarios por cada día de demora; y si la no entrega proviniere de Reyes Gómez, éste le pagará a Camacho de Ferro ocho pesos treinta y cinco centavos ($ 8.35) por ca-

da día de demora, y queda como plazo definitivo para la entrega el de un mes más al antes estipulado''. Además, en la cláusula séptima se pactó que ''en el caso de incumplimiento de la no transferencia del dominio, faltando al otorgamiento de la escritura, o de la no entrega, en los plazos dichos, el que incumpliere pagará al otro la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00), por vía de multa. Y si el incumplimiento proviniere de Camacho de Ferro, ésta queda obligada, además, a la devolución de los seis mil pesos ($ 6.000.00) que tiene recibidos y a pagar un interés del dos por ciento mensual sobre estos seis mil pesos''.

Celebrose la prometida permutación por medio de la escritura número 1499 de 5 de marzo de 1951, de la Notaría Segunda de este Circuito; y al día siguiente, la señora Camacho de Ferro, mediante la escritura número 1518 de la misma Notaría, vendió a Oliverio Beltrán Pérez la propia finca que ella había adquirido en la permuta, pero sin hacerle al comprador su entrega material, pues que el antecesor Reyes Gómez, según la referida promesa de permuta, tenía plazo hasta el primero de abril próximo para entregarla a la señora Camacho de Ferro.

Como hubiese transcurrido este término sin que Reyes Gómez pusiera el inmueble en manos de la señora Camacho de Ferro, quien por tal motivo tampoco pudo hacerlo en las de su comprador Beltrán Pérez, éste, para lograrlo, promovió contra la dicha señora la correspondiente acción posesoria, la que fue decidida en favor del peticionario por sentencia del Juzgado Primero Civil de este Circuito, de fecha 15 de mayo de 1951; pero, a causa de la oposición de una arrendataria de la agencia en que Reyes Gómez había consignado la finca, su entrega a Beltrán Pérez no pudo ser hecha sino el día 5 de octubre del mismo año.

Más tarde, Beltrán Pérez le siguió un nuevo juicio a la señora de Ferro por los cánones del arrendamiento de la finca durante la mora en entregársela; por lo cual y para ponerle término a tal ejecución, ella, mediante la escritura número 2852 de 16 de julio de 1952, de la Notaría Séptima de Bogotá, se reconoció su deudora por la suma de $ 2.200.00 con el interés del 1% mensual en el plazo, garantizando el crédito con hipoteca de la finca número 15A-21 de la calle 59 de esta ciudad, crédito que pagó la deudora Camacho de Ferro el día 1º de diciembre del mismo año, como lo atestigua la escritura número 5034 de tal fecha, extendida en la propia Notaría.

Por su lado, la señora Camacho de Ferro, por razón de la demora en que incurrió Rafael Reyes Gómez, de entregarle la finca número 7-93 de la carrera 12 de esta ciudad, invocando las cláusulas sexta y séptima del antecitado contrato de promesa de permuta, transcritas atrás, movió juicio ejecutivo contra el dicho Reyes Gómez para el pago de las cantidades de $ 1.569.80, precio de la demora comprendida entre el 1º de abril y el 5 de octubre de 1951, a razón de $ 8.35 por día, y de $ 3.000.00 valor de la multa, cantidades que montan la suma de $ 4.569.80, por la cual, con sus intereses a la tasa legal, se adelantó tal ejecución. Pero ésta a la postre resultó impróspera, porque el Tribunal Superior de Bogotá, por vía de apelación, en sentencia de excepciones de fecha 13 de agosto de 1954, declaró probada la de ''ineficacia del título ejecutivo'', y en consecuencia ordenó cesar la ejecución, decretó el desembargo y levantamiento del secuestro de los bienes trabados y condenó a la ejecutante en las costas de la primera instancia.

II

EL LITIGIO

Con apoyo en estos antecedentes, Rosa María Camacho de Ferro trajo a juicio a Rafael Reyes Gómez, para que, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se declare resuelto, ordenando las correspondientes restituciones recíprocas, el contrato de permuta celebrado entre la demandante y el demandado según la escritura número 1499 de 5 de marzo de 1951, de la Notaría Segunda de Bogotá, por haber éste faltado a su cumplimiento en cuanto retardó culpablemente la entrega material a la primera, del inmueble número 7-93 de la carrera 12 de esta ciudad; y

Para que *subsidiariamente*, esto es, en el caso de ser desestimada tal acción resolutoria, ''se revise y en consecuencia se declare sin ningún valor ni efecto legal la sentencia de excepciones perentorias'' dictada por el Tribunal de Bogotá, con fecha 13 de agosto de 1954, en el juicio ejecutivo que siguió Rosa María Camacho de Ferro contra Rafael Reyes Gómez ante el Juzgado Primero Civil de este Circuito, con fundamento en la promesa de contrato de permuta de 13 de enero de 1951, sentencia por la cual el superior revocó la del inferior y puso término a aquella ejecución, decretando la libertad de los bienes trabados y condenando a la ejecutante en las costas de la primera instancia; y, en su lugar, se decida:

Que Reyes Gómez no cumplió, ni se allanó a cumplir, su obligación de entregar real y materialmente la referida finca a la señora Camacho de Ferro, ni inmediatamente después del perfeccionamiento de la permuta, ni en el día cierto que para hacer tal entrega se estipuló en la cláusula sexta del contrato de promesa, hasta el punto de haber hecho indispensable el ejercicio de una acción judicial de entrega por parte del posterior adquirente, señor Oliverio Beltrán, contra su tradente inmediata, señora Camacho de Ferro;

Que, en consecuencia, se condene al demandado a pagar a la actora:

El valor de los frutos percibidos y perceptibles del mismo inmueble, en el lapso del 1º de abril al 5 de octubre de 1951, a razón de $ 8.35 por cada día de demora, o sea la suma de mil quinientos sesenta y nueve pesos y ochenta centavos ($ 1.569.80), por este concepto;

Todos los perjuicios que el reo le causó a la peticionaria con el especificado incumplimiento de los dichos contratos de promesa y de permuta, cuyo monto líquido se fijará en la sentencia del mérito o en incidente posterior a su ejecución, con arreglo a los elementos de apreciación indicados en los hechos de la demanda; y

La cantidad de dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) moneda corriente que la actora cubrió al señor Oliverio Beltrán, según aparece de las escrituras números 2852 de 16 de julio y 5034 de 1º de diciembre, ambas de 1952 y de la Notaría Séptima de Bogotá, con sus correspondientes intereses legales desde la última fecha hasta el día del pago.

Sin contestación de la demanda, desenvolvióse la primera instancia, que se cubrió con fallo completamente adverso a la demandante y que, apelado por ésta, abrió el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior de 20 de octubre de 1959, por la cual se *revoca* la del inferior y en su lugar se falla la litis así:

"1. Declárase que el demandado Rafael Reyes Gómez, no cumplió con la obligación de entregar a la señora Rosa María Camacho de Ferro, en la forma y tiempo estipulados en la promesa de venta suscrita el trece de enero de mil novecientos cincuenta y uno, el inmueble que le enajenó mediante la escritura pública número 1499 de 5 de marzo de 1951, de la Notaría Segunda de esta ciudad.

"2. En consecuencia, declárase que el demandado señor Rafael Reyes Gómez, está obligado a pagar a la señora Rosa María Camacho de Ferro, la suma de $ 1.556.80 a que asciende el lucro cesante de $ 8.35 que se estipuló para el tiempo de mora en la entrega del inmueble que le enajenó, más los intereses legales de esta suma, a partir del 5 de octubre de 1951 hasta el día en que verifique el pago; así como también, el valor del daño emergente que le ocasionó a esta última por el mismo retardo, y que se regulará teniendo en cuenta las bases dadas en la parte motiva, y mediante incidente separado.

"3. No es el caso de hacer, y no se hacen las otras declaraciones, principales y resto de las subsidiarias, propuestas en la demanda; por lo cual se absuelve al demandado de los cargos contenidos en ellas.

"4. No hay lugar a costas".

III

LA IMPUGNACION

Interpuesto por la demandante contra este pronunciamiento el recurso extraordinario, ha venido a formularlo ante la Corte, con apoyo en las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial, reduciendo su acusación a los siguientes términos:

Que "el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho manifiestos al apreciar la verdadera naturaleza y alcance legal de la cláusula séptima del contrato de promesa de fecha 13 de enero de 1951, celebrado entre Rosa María Camacho de Ferro y Rafael Reyes Gómez, por cuanto no vio en ese pacto accesorio de la promesa una penal estipulada 'por el simple retardo' en la entrega mutua de los inmuebles objeto de la permuta prometida o sea, 'en los plazos dichos', como reza la referida cláusula";

Que "ese error condujo al fallador de segundo grado a dejar de aplicar a esa cláusula penal el artículo 1594 del Código Civil, en cuanto esta norma sustantiva permite al acreedor pedir acumulativamente el pago de la penal y el de los demás perjuicios causados por el incumplimiento del contrato. Y en cambio, lo llevó a aplicar indebidamente al caso las normas civiles sobre las obligaciones alternativas, consignadas en los artículos 1556 y 1600 del mismo Código, violando en esa forma dichas normas legales";

Que "el mismo error de interpretación y aplicación de estos textos civiles condujo al sentenciador a disminuír en la parte resolutiva de la misma sentencia el monto de la condena al pago de los perjuicios debidos por el demandado, en

la cantidad de $ 3.000.00 moneda corriente, afectando en esa forma tal condena del vicio de 'falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes' '';

Que ''también erró evidente y manifiestamente el Tribunal al expresar en el considerando 14 de la sentencia que: 'Respecto de la suma que dicha señora pagó a Beltrán Pérez para ponerle término al ejecutivo, no procede declaración alguna, por cuanto el concepto en que dicho pago se hizo jurídicamente corresponde al monto de la renta diaria que se estipuló para el caso de incumplimiento, y que habrá de cancelarse por separado de acuerdo con lo dicho anteriormente' ''. A este efecto, dice que basta restar de la suma de $ 2.200.00 que la señora Camacho de Ferro pagó a Beltrán Pérez, según las escrituras números 2852 y 5034 de 16 de julio y 1º de diciembre de 1952, respectivamente, la cantidad de $ 1.556.80 ''que reconoce la sentencia como frutos convencionales de la casa número 7-93 de la carrera 12, en el lapso de la demora en la entrega por el demandado'', para obtener una diferencia de $ 643.40, que es también exigible de éste como otro elemento del daño, porque corresponde ''a los gastos hechos por Oliverio Beltrán en el juicio de entrega contra la señora Rosa María Camacho de Ferro'' y que ésta le reembolsó, por ser la obligada directamente hacia dicho Beltrán; y

Que ''conforme a los artículos 1611 (sic), 1614 y 1616 del Código Civil, en el caso de autos el deudor Rafael Reyes Gómez debe pagar a la demandante todos los perjuicios previstos y previsibles a la fecha del contrato, por lo que al no decretar el Tribunal el reembolso a favor de la víctima, de la expresada cantidad líquida de $ 643.40, se quebrantaron y violaron directamente, entre otras, estas disposiciones sustantivas, como efecto del mencionado error de apreciación de las pruebas escriturarias ya citadas y de las pruebas sobre el juicio de entrega que también son plenas''.

El recurrente se ha limitado, pues, a impugnar la sentencia en la órbita de la acción subsidiaria, mediante los tres cargos que resultan del preinserto extracto de su libelo, a saber: uno, de incongruencia; otro, de violación indirecta de los artículos 1594, 1556 y 1600 del Código Civil, por falta de aplicación del primero e indebida aplicación de los dos últimos; y otro de violación de los artículos 1611 —que está derogado—, 1614 y 1616 ibídem, por él calificada como ''directa'', pero que según las voces de su planteamiento sería indirecta, por atribuírse a efecto de error en la apreciación de pruebas.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo por la causal segunda

1. La impugnación que se hace a la sentencia, de ''falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes'', concretamente con las de la parte actora, se hace consistir en que el sentenciador disminuyó el monto de la condena por los perjuicios debidos por el demandado, en la cantidad de $ 3.000.00, correspondiente al valor de la multa estipulada en la cláusula séptima de la promesa de permuta.

Pero, confrontando la parte resolutiva del pronunciamiento con el *petitum* de la demanda, bien se ve que por éste no se impetró contra el reo condena alguna al pago de la dicha multa, de donde resulta que mal puede el fallo adolecer de incongruencia, por no haber ordenado la satisfacción, que no se pidió, de esa pena.

Si, como lo enseña la doctrina, el vicio de inconsonancia consiste en la falta de armonía entre la parte resolutiva del fallo y las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas, la consideración que se acaba de hacer, —si por otra parte no abundasen las razones que se expondrán en el punto siguiente—, es bastante a patentizar la inanidad del cargo.

Cargos por la causal primera

2. A) No obstante la impropiedad en punto de técnica de casación, que implica el acusar por error de hecho y de derecho simultáneos la apreciación por el Tribunal de la cláusula séptima del contrato de promesa de permuta, para deducir de ahí la violación indirecta de los artículos 1594, 1556 y 1600 del Código Civil, en gracia de amplitud se procede a ventilar el cargo bajo uno y otro aspecto.

3. Dice el recurrente que el Tribunal ''no vio en ese pacto accesorio de la promesa una penal estipulada 'por el simple retardo' en la entrega mutua de los inmuebles objeto de la permuta prometida o sea, 'en los plazos dichos', como reza la referida cláusula''.

Pero esta imputación que el impugnante parece referir a un error de *hecho*, está contradicha por la sentencia, como bien se ve de los siguientes pasajes de su motivación:

''De acuerdo con el contrato de promesa la entrega del inmueble que Reyes Gómez le enaje-

nó a la señora, debía hacerse, a más tardar el día 1º de abril de 1951; en caso de incumplimiento de Reyes Gómez 'este le pagará a Camacho de Ferro ocho pesos con treinta y cinco centavos ($ 8.35) por cada día de demora', más 'la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) por vía de multa'. Y está plenamente establecido, que la mencionada entrega sólo se hizo el día 5 de octubre siguiente; y que, por lo tanto, el demandado Reyes Gómez está obligado para con la señora demandante por el valor de las expresadas indemnizaciones.

"Sin embargo, de estas prestaciones, la demandante solo exige las correspondientes a la venta (renta) estipulada, y se acoge en cuanto a las otras, a la que corresponda como reparación del daño que le causó con el retardo, conforme a lo establecido por el artículo 1600 del Código Civil que deja al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena...".

Ciertamente, el Tribunal entendió que, al lado de la multa estipulada en la cláusula sexta de la promesa, de un tanto por cada día de retardo en la entrega del inmueble del demandado a la demandante, y equivalente a la renta cotidiana del bien, figuraba la pena por el valor alzado de $ 3.000.00, pactada en la cláusula séptima, como correspondiente a cualquiera otro daño causado "con el retardo". Mal podría, así, existir en tal entendimiento error alguno de hecho, lo que deja ver que el impugnante está en contradicción consigo mismo, pues el concepto del sentenciador en este punto coincide con el suyo.

4. Confinada, pues, la censura al campo del error jurídico, en cuanto el sentenciador sólo condenó al demandado a pagar a la actora la suma equivalente al *lucro cesante* estipulado en la cláusula sexta, con sus intereses legales a partir del día allí fijado, "así como también, el valor del *daño emergente* que le ocasionó a esta última por el *mismo retardo*", pero no le impuso el pago de la multa de $ 3.000.00 de que trata la cláusula séptima, el ataque necesariamente supone que de ésta resulta para la demandante el derecho de pedir el pago acumulado de esa pena y de la indemnización de todo perjuicio. Pero, tal supuesto es absolutamente infundado, pues en parte alguna de la propia estipulación, ni en ninguna otra del contrato de promesa, se pactó semejante derecho excepcional en favor de la actora.

Lo que hubiera sido indispensable, en presencia del artículo 1600 del Código Civil, según el cual "no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente", cuyo ordenamiento corresponde al pensamiento rector de la ley en la materia, según el cual la cláusula penal es una liquidación anticipada de perjuicios hecha convencionalmente, aunque se ignore de antemano cuál haya de ser el daño real. Por ello, el acreedor no puede, en principio, acumular la pena con la indemnización de perjuicios.

El hecho de que el artículo 1594 ibídem permita que se acumule el cumplimiento de la obligación principal con la pena, cuando aparezca haberse estipulado ésta por el simple retardo, no significa que, además de ello, pueda exigirse por el acreedor la indemnización de perjuicios, extremo este último no contemplado en el dicho artículo 1594. La posibilidad de esta acumulación integral está regida a modo de excepción por el artículo 1600, para el caso de que así se haya estipulado expresamente.

Pero, faltando, como falta, esta estipulación en el contrato aludido, la demandante apenas gozaba de la alternativa reconocida por el artículo 1600 citado, que deja "al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Por lo tanto, si en función del daño emergente que la dilación del demandado ocasionó a la actora, ésta no pidió en el juicio el pago de la multa de $ 3.000.00 establecida en la cláusula séptima, sino el de todos los perjuicios de orden económico que aquél le causó "con el incumplimiento y el retardo culpable", —en realidad con el retardo, pues que el contrato, aunque tardíamente, sí quedó cumplido—, quiere decir que la demandante, al optar por el pedimento de indemnización, eliminó toda pretensión a esa pena, colocando por lo mismo al juzgador en la imposibilidad de condenar a su pago al demandado, que de haberlo hecho habría violado directamente el dicho artículo 1600.

Conclusión de todo lo cual es la de que el Tribunal no violó los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, ni el 1556 de la misma obra, el último de los cuales define la obligación alternativa, siendo así extraño a la cuestión debatida, tanto que el impugnante se limita a citarlo como indebidamente aplicado al caso del pleito, pero sin intentar una concreta explicación de su dicho.

5. B) El cargo de quebrantamiento, por falta de aplicación de los artículos 1611 (sic), 1614 y 1616 del Código Civil, como consecuencia de errónea apreciación del contenido de las escrituras números 2852 y 5034 de 16 de julio y 1º de diciembre de 1952 y de las pruebas sobre el juicio de entrega que Oliverio Beltrán Pérez si-

guió contra Rosa María Camacho de Ferro, tampoco está llamado a prosperar.

Porque, se hace consistir en que, no obstante haber la señora de Ferro pagado a Beltrán la cantidad de $ 2.200.00, a efecto de ponerle fin al juicio ejecutivo que éste le adelantó para reintegrarse de la renta del inmueble número 7-93 de la carrera 12 y de los desembolsos por costas efectuados en el juicio de entrega, el Tribunal juzgó improcedente hacer sobre el punto declaración alguna, considerando que "el concepto en que dicho pago se hizo jurídicamente corresponde al monto de la renta diaria que se estipuló para el caso de incumplimiento...". De donde deduce el impugnante que, como el fallador solamente condenó en concreto a Reyes Gómez al pago de $ 1.556.80 por razón de lucro cesante o renta de la finca durante la demora en su entrega, dejó de condenarlo a la diferencia entre esta cantidad y la anteriormente expresada de $ 2.200.00 satisfecha por la señora de Ferro a Beltrán, diferencia que corresponde a los gastos hechos por el último en el juicio de entrega contra la primera.

No es éste, empero, el pensamiento del juzgador, ni la positiva conclusión de su fallo, pues, a pesar de la anfibología que pudiera darse en la frase últimamente transcrita, resulta que, en la misma motivación, después de reseñar que la demandante solo exige las prestaciones correspondientes a la renta estipulada y a la reparación del daño que le causó el retardo, se establece que "ese daño en el presente caso se reduce al valor de los desembolsos que la señora ha debido hacer, *con ocasión del juicio posesorio que contra ella promovió don Oliverio Beltrán Pérez para obtener la entrega del inmueble* y del ejecutivo que debió instaurar la misma señora contra el demandado Reyes Gómez, para obtener el pago de las indemnizaciones acordadas en el contrato de promesa para el caso de incumplimiento en la entrega de los bienes enajenados". Lo cual explica que, a continuación, y luego de expresarse que no procede declaración alguna respecto de tal suma de $ 2.200, por cuanto el concepto en que su pago se hizo corresponde al monto de la renta diaria, se agregue acerca de ésta la explicación de "que habrá de cancelarse por separado en conformidad con lo dicho anteriormente".

Entonces, aquella frase anfibológica sobre que el recurrente pretende hacer girar su acusación en el punto, apenas significa que, imponiéndose al demandado la obligación de satisfacer a la actora la cantidad de $ 1.556.80, monto de la renta, en conformidad a la petición d) de las subsidiarias de la demanda, no se le podía condenar a reembolsarle, por otro lado, a la misma señora, la cantidad de $ 2.200.00 que ésta pagó a Oliverio Beltrán Pérez, sobre que versa la súplica h) ibídem, porque en este último guarismo está contenido el primero.

Claro es que el reintegro de la diferencia entre estas dos cantidades, en cuanto corresponda a "los desembolsos que la señora ha debido hacer, con ocasión del juicio posesorio que contra ella promovió don Oliverio Beltrán Pérez para obtener la entrega del inmueble", no le está negado a la demandante, sino que, por el contrario, está previsto, como ya se vio, en la parte considerativa de la sentencia y consagrado en el ordinal segundo de la decisoria, en donde se condena al reo a pagar a la actora '...también, el valor del daño emergente que le ocasionó a esta última por el mismo retardo, y que se regulará teniendo en cuenta las bases dadas en la parte motiva, y mediante incidente separado".

De todo lo cual se concluye que no fueron infringidos por el juzgador los preceptos de ley sustancial en el cargo relacionados.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinte (20) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESCISION DE CONTRATO POR VICIOS REDHIBITORIOS

Cuándo tiene lugar. Casación. Es antitécnico acusar la sentencia por violación de todo un Decreto o una Ley.

1. Una vez más se repite que es antitécnico acusar la sentencia por violación de todo un Decreto Legislativo o de una Ley. El buen suceso del recurso hace necesario señalar concretamente la disposición o disposiciones que el recurrente cree violadas.

2. La rescisión del contrato de compraventa por la presencia de vicios ocultos puede tener lugar cuando el vendedor los conocía y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio. En uno y otro caso, el vendedor debe restituír o rebajar el precio e indemnizar perjuicios, obligación esta de indemnizar perjuicios que no pesa sobre el vendedor cuando no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos.

No es, como afirma el recurrente, que el ánimo de lucro condicione la obligación del vendedor para responder de los vicios redhibitorios. La ley civil, en general, no tiene en cuenta el lucro que de manera especial prevé el Código de Comercio, sino la conmutariedad del contrato. El ordenamiento civil sólo exige que de parte del vendedor haya habido conocimiento de los vicios sobre los cuales guardó silencio —caso de mala fe—, o que el vendedor debió conocerlos por razón de su profesión u oficio —caso de culpa—, sin que cuente el ánimo de lucro.

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero vendió a Feres Samaja M. siete mil kilos de trigo de la variedad conocida con el nombre de Menkemen, por nueve mil pesos. El comprador pagó de contado $ 3.060.00 y firmó un pagaré con plazo de 90 días por el saldo de $ 5.940, según comprobante de 23 de febrero de 1954.

En los primeros días de marzo Feres Samaja sembró 5.320 kilos en la finca "El Rincón", vecindario de Chía, quedando en sus bodegas el resto de trigo.

A fines del mes de marzo el agricultor observó una deficiente germinación de la semilla y presentó su reclamación a la Caja, la cual comisionó a los señores C. Navarrete y F. Arango para que examinaran la sementera, lo cual se llevó a cabo el 23 de mayo en asocio de los agrónomos W. Bernal y R. Hauser, quienes además de examinar dicha sementera tomaron muestras del trigo o semilla sobrante para efectos de un examen de laboratorio.

Las partes interesadas efectuaron entrevistas con el objeto de dar solución amigable a sus diferencias, pero ante el fracaso del acuerdo, se inició por el comprador el presente juicio ordinario.

LA CONTROVERSIA

El demandante solicita declaración de rescisión del contrato de compraventa de 7.000 kilogramos de trigo Menkemen, restitución del precio, resarcimiento de perjuicios a causa de vicios redhibitorios del trigo comprado y otras cuestiones subsidiarias.

Por sentencia de 14 de noviembre de 1955, el Juzgado del conocimiento condenó a la Caja

de conformidad con las súplicas principales de la demanda. Ambas partes apelaron de esa sentencia y el Tribunal de Bogotá, el 26 de agosto de 1958, la reformó y falló así:

"1º Declárase rescindido por causas de vicios redhibitorios el contrato de compraventa de 7.000 kilogramos de semilla de trigo Menkemen celebrado entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero como vendedora, y el señor Feres Samaja M. como comprador.

"2º La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero deberá restituír al señor Feres Samaja M., la cantidad total de dinero que haya pagado por concepto de la compraventa de la semilla de trigo en mención.

"3º El señor Feres Samaja M. deberá restituír a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero los bultos de semilla de trigo que quedaron en su poder y que no fueron sembrados por él, deducidas las cantidades de semilla que se tomaron para los experimentos de germinación del grano, de acuerdo con las constancias que obran en el proceso.

"4º Condénase a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero a pagarle al señor Feres Samaja M. la suma de catorce mil ochocientos treinta y un pesos con veinte centavos ($ 14.831.20) moneda corriente, por concepto de los perjuicios sufridos por Samaja M. como consecuencia del incumplimiento del contrato de compraventa de la semilla de trigo Menkemen que en este fallo se declara rescindido.

"5º Todas las prestaciones que se decretan en los numerales anteriores, deberán satisfacerlas los obligados dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"6º Condénase a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero al pago de las costas del juicio en ambas instancias. Liquídense".

De esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El razonamiento del Tribunal está consignado principalmente en los siguientes apartes:

"Del conjunto de los elementos probatorios analizados se puede concluír que está plenamente establecido el hecho de que la semilla vendida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero al señor Feres Samaja, adolecía de un *vicio grave* consistente en un poder germinativo ligeramente superior a una tercera parte de la germinación de una semilla aceptable.

"... ... ...

"La existencia del vicio con anterioridad a la celebración del contrato, se acreditó, asimismo, en el proceso. Claro que la prueba de la época en que apareció la anomalía de la semilla no puede ser absoluta. El demandante no podía examinar la semilla en el acto de recibirla, porque se hallaba en sacos perfectamente cerrados y cosidos. Por lo demás, no se le podía exigir que antes de la entrega realizara un minucioso análisis de laboratorio, lo que, por otra parte, no es acostumbrado en el comercio, ni menos tratándose de entidades oficiales.

"... ... ...

"La semilla adolecía de un vicio que la hacía *inútil para su uso natural.* El porcentaje de germinación de una buena semilla, al decir de los peritos, debe ser por lo menos de un 90%, y la germinación de la semilla ensayada por ellos apenas dio un porcentaje promedio de 39,33%, lo que demuestra que el vicio intrínseco que la afectaba es de especial gravedad e importancia, de tal suerte que bien puede presumirse que el comprador, en el caso de conocerlo, se habría abstenido de celebrar el contrato.

"... ... ...

"El vicio de la semilla debía ser conocido por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por intermedio de sus agentes del 'Fondo Rotatorio'. Es un hecho público y notorio que dicha entidad tiene, como una de sus funciones primordiales, el expendio de semillas y de maquinaria, con el fin de fomentar la producción agrícola en el país y que, en su vasto organismo, comprende las secciones técnicas indispensables para el análisis de sus productos. En especial, cuenta con la colaboración de agrónomos especializados, como los doctores Arango y Navarrete, y la de los técnicos de la Compañía de Cervezas de Bavaria, como consta en el proceso. Si la entidad vendedora ignoraba el deficiente poder germinativo de la semilla vendida a Samaja, que, como se vio anteriormente, se acreditó en los autos de manera plena, tal ignorancia *no es excusable,* por más que los empleados del 'Fondo Rotatorio' hubieran procedido de buena fe o sin intención dolosa.

"El artículo 1918 del Código Civil establece una presunción legal de culpa cuando el vendedor, por razón de su oficio, está capacitado para conocer los defectos ocultos de la cosa vendida. La Caja estaba, pues, obligada, por razón de su oficio, a no dar al expendio artículos afectados de vicios graves, que pudieran inducir a los compradores a error, respecto de las cuali-

dades que se consideran *esenciales* a los fines de una producción remunerativa, y estaba por otra parte obligada, en virtud del contrato, a entregar una semilla de una calidad dada, por lo cual es indudable que faltó a su deber general de prudencia y a una obligación específicamente determinada: la de *dar* la cosa que se estipuló en dicho contrato. De donde resulta que es jurídico y legal poner a cargo de la entidad vendedora la prueba de que actividad estuvo *exenta de culpa,* lo cual es conforme a los principios generales sobre prueba.

"La parte demandada sostiene que sí se examinó la semilla en los laboratorios de la Cervecería Bavaria por los técnicos Esteban Rico Mejía y José Antonio Sierra Fernández, y, al efecto, aduce algunos apuntes escritos a lápiz, en papel común, en donde se dice que constan dichos análisis. Los referidos agrónomos declaran a folios 49 y 50 del cuaderno 3, que tales apuntes son de su puño y letra y que los resultados que allí figuran son verdaderos; pero agregan que se refieren a semillas *Menkemen* de *distintas procedencias,* sin que se aluda a la vendida posteriormente al señor Samaja y sin que el testigo Rico pueda precisar la fecha en que se practicó el ensayo, ya que sólo Sierra recuerda que fue en el mes de enero. De suerte que esta prueba sólo sirve para acreditar que la Compañía tenía medios adecuados para efectuar el estudio de las semillas y que efectivamente lo efectuó con relación a varios grupos. Pero, según parece, la semilla vendida a Samaja no fue sometida a ningún análisis, ya que debe suponerse su buena fe al contratar.

"Están, pues, establecidos los supuestos que condicionan el ejercicio de la acción rescisoria por vicios redhibitorios, a saber: 1º Presencia de un vicio en la cosa vendida; 2º Que dicho vicio exista al tiempo del contrato; 3º Que no hubiera podido ser conocido por el comprador sin negligencia grave; 4º Que haga inútil la cosa vendida para su uso natural, de tal suerte que, conociéndolo, el comprador no hubiera contratado, y 5º Que no se manifieste por el vendedor y que éste hubiera debido conocerlo por razón de su oficio.

"..... .....

"Tiene razón el señor Juez de instancia en cuanto al justiprecio del *daño emergente,* en la suma de $ 12.040.20, tomando como base el dictamen pericial (fs. 41 c. 2), porque, en realidad, el *menoscabo del patrimonio* sufrido por el inversionista no es la mitad de lo invertido, como sostiene el demandante (fs. 22 del cuad. 1 y 26 v. del cuad. 4), sino el valor de los gastos que no fue compensado con el producto de las ventas. En cuanto al *lucro cesante,* avaluado en la sentencia en la cantidad de $ 2.366.80, también es contundente el razonamiento del Juez cuando afirma que las 339 cargas de trigo que pudo producir Samaja con buena semilla, hubiera tenido como costo de producción, no ya $ 27.295.20 sino esta misma suma más el recargo que proviene de la trilla, empaque y transportes del mayor trigo producido. Pero se equivoca el referido funcionario al computar el mayor gasto de $ 10.60 sobre las ochenta hectáreas y las 339 cargas de trigo, cuando en realidad el mayor costo sólo incidiría en las 169½ no producidas, pues con respecto a las que se produjeron ya se había hecho el cómputo de los gastos de trilla, empaque y transportes, como es obvio. De allí que el costo total de producción en las 339 cargas debió ser de $ 27.295.20, más $ 424.00, o sea, en total, $ 27.719.20. La utilidad debió ser, por consiguiente, la diferencia entre el precio de venta y el precio de costo, así:

"339 cargas a $ 90.00 cada una, $	30.510.00
"Costo de producción	27.719.20
"Utilidad dejada de obtener ..$	2.790.80

"En consecuencia los perjuicios directos sufridos por el señor Samaja, a causa del vicio redhibitorio que se reconoce, de acuerdo con la estimación que hace la Sala, asciende a la suma de catorce mil ochocientos treinta y un pesos y veinte centavos ($ 14.831.20), suma a la cual deberá ser condenada la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de conformidad con el artículo 1918 del Código Civil".

LA ACUSACION

De manera general se presenta la censura en estos términos:

"Como causal de casación alego ser la sentencia violatoria de Ley sustantiva, por infracción directa, y también por contener errores de hecho en la estimación de pruebas y de haber omitido el examen de otros elementos demostrativos que obran en el proceso, con violación consiguiente de los preceptos civiles".

Este enunciado se encuentra desarrollado en dos Capítulos y estos divididos en Motivos, aspectos todos de un mismo cargo por la causal primera de casación, así:

"CAPITULO II

"Primer motivo. Perjuicios:

"Violación del artículo 1918 del Código Civil y de los Decretos legislativos 352, 1156 y 1157 de 1940, en consonancia con las Leyes 57 de 1931 y 49 de 1927". Explica el ataque afirmando que el Tribunal tuvo a la Caja de Crédito Agrario como un "comerciante común que negocia con fines de lucro en semillas, maquinaria y abonos", lo que condujo a condenarla "a pagarle al actor como perjuicios el déficit entre el producido de venta de la cosecha y los gastos que ella ocasionó, calculado en la cantidad de $ 14.831.20, moneda colombiana".

Después de afirmar que es erróneo el concepto de que la Caja estuviera obligada por razón de su *oficio o profesión* el vicio o bajo coeficiente de germinación del trigo y de hacer una breve historia del origen legislativo y de los fines de la citada institución, el recurrente asevera:

"En consonancia con tales preceptos el OFICIO Y PROFESION de la Caja de Crédito Agrícola, Industrial y Minero, es el de colaborar en el fomento y mejora de la economía del país, y todos los actos que ejecute *deben presumirse* inspirados cuidadosamente en esos principios y exentos de todo color de lucro o enriquecimiento.

". . . . . .

"De lo expuesto se concluye que el fallo de segunda instancia quebranta directamente los Decretos legislativos números 352, 1156 y 1157 de 1940, en consonancia con las Leyes 57 de 1931 y 49 de 1927, 1918 del Código Civil, en cuanto según las Leyes la Caja no tiene la profesión y oficio de comprar y vender con ánimo de lucro, y en cuanto respecto de sus actos de fomento agrícola, hay que presumir que procede con la debida diligencia y cuidado en favor de los agricultores".

Sobre la diligencia y cuidado de la Caja, "en la venta y distribución del trigo Menkemen, los autos prueban satisfactoriamente el lleno de tal obligación", dice la demanda, y después de citar las pruebas testimoniales al respecto, concluye:

"La sentencia del Tribunal por no examinar esas pruebas o por no ver en ellas que la Caja sí tuvo el mayor cuidado respecto de la buena calidad del trigo o semilla, incidió en error evidente de hecho, el cual error lo indujo a aplicar el artículo 1918 del Código Civil, sobre la base de que el trigo adolecía de vicio redhibitorio, por causa de poder germinativo deficiente".

Como el fallador acogiera el concepto pericial respecto a los perjuicios, se formula censura porque "la errónea apreciación del dictamen pericial, viola los artículos 1610, 1918 y 1919 del Código Civil, en el concepto de que éstos no justifican la condena de perjuicios indirectos o hipotéticos".

"CAPITULO III

"Motivo. El vicio redhibitorio.

"Para declarar rescindido el contrato de venta del trigo, celebrado entre la Caja y el demandante, y ordenar la restitución del precio, el Tribunal estimó que mediante el dictamen de peritos las muestras de trigo tomadas el 14 de octubre de 1954, en el acto de la inspección ocular, fueron examinadas técnicamente, resultando un bajo coeficiente de germinación ligeramente superior a una tercera parte de la germinación de una semilla aceptable, lo que constituye un *vicio grave* de la semilla. (Sent. fol. 76).

"El Tribunal sufrió error de hecho evidente en la estimación de la prueba pericial y también al omitir apreciar otras pruebas, y como consecuencia violó la ley. . . .".

Analizada por el recurrente la prueba que en el expediente figura y señalada por él la que el Tribunal dejó de apreciar, postula cargo en los siguientes términos:

"El Tribunal incurre en error de hecho evidente en la estimación del dictamen pericial de los agrónomos M. Jiménez y J. Ortiz M., quienes en vista del análisis de germinación de la semilla, tomada el 14 de octubre de 1954, sobre el saldo de trigo de Feres Samaja que no fue sembrado, anotan un poder de germinación ligeramente superior a una tercera parte de lo normal. De ahí concluye el sentenciador que toda la semilla del lote que le correspondió a Feres Samaja adolecía de ese defecto constitutivo de grave vicio redhibitorio al tiempo de la venta, febrero de 1954.

"De que la muestra del saldo de trigo no sembrado tuviera bajo nivel de germinación el 14 de octubre, no se sigue, por estricta relación de causas y efecto, que el trigo sembrado fuera también de bajo nivel al tiempo del contrato y entrega, en febrero.

"Tampoco se sigue necesariamente que el bajo nivel hiciera inservible el trigo para la siem-

bra, totalmente o imperfectamente, en el sentido del artículo 1915 del Código Civil.

"..... .....

"El Tribunal por tanto erró de hecho al apreciar el dictamen pericial de aquellos peritos al considerar que con el dictamen se probaba que la semilla a tiempo de su entrega adolecía de un vicio redhibitorio de tal naturaleza que hacía inservible el trigo para la producción agrícola, siendo así que la semilla no tenía el demérito que se le atribuía.

"...El Tribunal omitió examinar las pruebas que en el capítulo anterior, sobre el vicio redhibitorio, están indicadas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 referentes a estos puntos: examen técnico de toda semilla en los laboratorios de Bavaria el 14 de enero de 1954; a la entrega de la misma semilla a 22 agricultores, incluso el demandante; al buen resultado de la cosecha para todos ellos; a la buena germinación del grano que fortuitamente cayó en pequeñas partes abonadas de los barbechos en la finca 'El Rincón'; a las instrucciones sobre calidad y ventajas de la semilla y técnica para su siembra; al quebrantamiento de ellas por el demandante, etc.

"La falta de apreciación de tales elementos probatorios implica que el fallador incurrió en manifiesto error de hecho.

"El examen de tales pruebas le habría impuesto al Tribunal el concepto de que el trigo no adolecía de vicio redhibitorio cuando le fue entregado a Feres Samaja y a los demás agricultores.

"En virtud de tales errores, la sentencia aplicó indebidamente al caso del pleito, los artículos 1915, 1916, 1917 y 1918 del Código Civil, en el sentido de declarar rescindido el contrato de venta del trigo, con restitución del precio e indemnización de daños. Sin tales errores, esos mismos cánones tenían que aplicarse para absolver a la entidad demandada, por no cumplirse ninguno de los eventos en ellos previstos".

SE CONSIDERA:

1º Una vez más se repite que es antitécnico acusar la sentencia por violación de todo un Decreto legislativo o de una Ley. El buen suceso del recurso hace necesario señalar concretamente la disposición o disposiciones que el recurrente cree violadas. "La demanda de casación —según el artículo 531 del Código Judicial— debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

"En cuanto a la técnica de casación y especialmente en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 del Código Judicial —ha dicho la Corte y no parece inoficioso repetirlo—, se parte de la base de que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación entre esos dos extremos se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que sepa el juzgador cuál es ese segundo error en la confrontación. Se ha llegado a concluír que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados aunque el concepto al citarlos no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados o dejados de aplicar por ésta" (XLIX, 499, 500).

2º La rescisión del contrato de compraventa por la presencia de vicios ocultos puede tener lugar cuando el vendedor los conocía y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio. En uno y otro caso, el vendedor debe restituír o rebajar el precio e indemnizar perjuicios, obligación esta de indemnizar perjuicios que no pesa sobre el vendedor cuando no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos.

No es, como afirma el recurrente, que el ánimo de lucro condicione la obligación del vendedor para responder de los vicios redhibitorios. La ley civil, en general, no tiene en cuenta el lucro que de manera especial prevé el Código de Comercio, sino la conmutariedad del contrato. El ordenamiento civil sólo exige que de parte del vendedor haya habido conocimiento de los vicios sobre los cuales guardó silencio —caso de mala fe—, o que el vendedor debió conocerlos por razón de su profesión u oficio —caso de culpa—, sin que cuente el ánimo de lucro.

3º Según el artículo 36 de la Ley 57 de 1931, la Sección de Provisión Agrícola del Banco Agrícola Hipotecario quedó a cargo de la Caja de Crédito Agrario, y de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 49 de 1927, se creó dicha Sección de Provisión Agrícola, que debe estar dirigida por un técnico en la materia (art. 16), y que entre otras cosas debe ocuparse en compra y venta de maquinaria, abonos, semillas, etc. Por manera que, por ordenación legal uno de los oficios de la Caja de Crédito Agrario es vender semillas, oficio que la obliga a conocer los defectos de que ellas puedan adolecer. De modo, que no hubo desvío por parte del Tribunal en la interpretación del artículo 1918 del Código Civil, cuando condenó a la Caja, como lo hizo, partiendo de la base de tener como una de sus ocupaciones la venta de semillas.

El Tribunal encontró probado el defecto de germinación de la semilla del trigo vendido por la Caja al demandante, y con fundamento en esas probanzas aplicó la norma antes citada, y no dejó de considerar ni la circunstancia de tener la parte demandada, bajo su dependencia, profesionales especializados, ni tampoco desatendió la oportunidad con que el demandante dio cuenta y probó a su vendedor el vicio de la semilla.

4º Afirma la demanda que por errónea apreciación del dictamen pericial, el Tribunal violó los artículos 1610, 1918 y 1919 del Código Civil, "en el concepto de que éstos no justifican la condena por perjuicios indirectos o hipotéticos".

Esta impugnación involucrada en el cargo por violación directa, tiene el defecto de no citar los textos de carácter probatorio quebrantados por el Tribunal, y por cuyo motivo se infringiesen las normas sustanciales señaladas por el recurrente. Cuando se afirma error en la valoración de la prueba, se deben señalar las disposiciones probatorias infringidas, como medio, y las sustanciales, como fin.

5º Apreciado por el Tribunal el concepto pericial, como aparece de la sentencia respectiva y aun comparado con otras pruebas del proceso, en varios pasajes de la sentencia acusada, mal puede proponerse error de hecho evidente como se hace en la demanda, que supondría no haber visto las pruebas como son exteriormente o dar como presentes las que en el expediente no existen.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiséis de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Feres Samaja Moore contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sobre rescisión de un contrato.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Los Magistrados,

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Julio Pardo Dávila, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PERTENENCIA

Procedimientos que admite la acción. No son de elección libre para el prescribiente. La vía por emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar.

1. La declaración judicial de pertenencia por prescripción adquisitiva admite dos procedimientos: a) Juicio ordinario con la persona o personas contra quienes se pretenda hacerla valer; y b) En defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, por medio de juicio con traslado de la demanda al Ministerio Público, que tendrá el carácter de parte, y emplazamiento "a todos los que se crean con algún derecho sobre el inmueble de que se trate" (4º y 7º, Ley 120 de 1928).

Si organizada de esa suerte la acción de pertenencia, en el poseedor que ha ganado el dominio por el transcurso del tiempo hay apreciable ventaja en poder tomar la iniciativa para conseguir o perfeccionar titularidad inscrita, en vez de hallarse sometido al trance eventual y pasivo de invocar en su defensa la prescripción contra quien por pretenderse dueño reivindica, esa posición ventajosa no llega hata el punto de que a su albedrío pueda triunfar indistintamente por cualquiera de las dos vías legales aptas para pedir la declaración de pertenencia. Es necesario que en concreto el camino elegido cumpla precisamente las condiciones predeterminadas por la ley para la operancia y eficacia plena de la acción.

2. Cuando los hechos demuestran que el pretendido prescribiente se encuentra colocado en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de las personas contra quienes la prescripción haya consumado su efecto extintivo, no le es permitido el empleo de la vía emplazatoria general, no predicable conforme a derecho sino "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción". Ha de emplearse entonces necesariamente la vía ordinaria con citación de quienes como presupuestos interesados deben ser oídos y vencidos en juicio contradictorio; quienes por ministerio de la Constitución y la ley están vinculados al proceso declaratorio de pertenencia. De otra manera la actuación queda hecha al vacío, por ser preteridas las personas ciertas que por mandato expreso de la ley y por pasiva están llamadas a contradecir la acción. Si no se les cita, el juicio queda privado de eficacia, y el pronunciamiento sin su audiencia mal puede afectarlas y menos en despojo de la legitimación activa que tienen para demandar la nulidad integral de lo actuado a espaldas suyas (457 C. J.).

La acción de nulidad a favor de tales personas vinculadas legalmente al proceso declaratorio de pertenencia, surge con claridad de que la vía por emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar, contra los cuales se pueda aducir la prescripción. Y porque el fallo dictado por ese procedimiento emplazatorio produce, por excepción, cosa juzgada erga omnes, la teoría de la inoponibilidad es inconducente al amparo adecuado del derecho de defensa de quienes por ley debieron ser citados personalmente al juicio. El remedio en justicia consiste en evitar que la sentencia les perjudique como a todo el mundo, y de ahí aparece notorio el interés jurídico que los titulariza para ejercer la acción de nulidad del proceso en que debieron ser oídos nominativamente y sin embargo recibieron el tratamiento de personas desconocidas o inciertas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, ocho (8) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

El 8 de julio de 1931, ante el Notario 2º de Medellín y por escritura 1571, María de Jesús Restrepo Betancur se reservó la quinta parte y les vendió a sus hermanos Deyanira, María Luisa, Rafael y Juan de Jesús Restrepo Betancur las cuatro quintas partes restantes para integrar el inmueble consistente en el terreno con casa de tapia y teja, mejoras y anexidades, en Itagüí, paraje de Calle Negra, por los linderos que la escritura determina.

Allí habitaron en comunidad los cinco hermanos Restrepo Betancur por varios años, hasta que los varones formaron por separado su propio hogar. Rafael inició juicio divisorio el 22 de agosto de 1957, fenecido por remate del 9 de mayo de 1958 ante el Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, diligencia en que se le adjudicó por $ 12.500.00 el inmueble en cuestión al demandante Rafael Restrepo Betancur. El acto fue aprobado en definitiva por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en proveído del 8 de julio de 1958, y se registró el 6 de agosto siguiente.

Sucedió, empero, que por demanda admitida por el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín el 22 de octubre de 1957 y ya en curso el juicio divisorio, María de Jesús Restrepo Betancur recabó la declaración judicial de pertenencia por prescripción extraordinaria a su favor, y se dijo poseedora del inmueble desde el año de 1931. Solicitó "emplazamiento de todas aquellas personas que tengan intereses en el mismo inmueble", pero guardó silencio sobre las personas de los comuneros a quienes la propia actora le había vendido las cuatro quintas partes en conformidad con la escritura atrás citada, 1571 del 8 de julio de 1931, Notaría 2ª de Medellín. En este trámite por emplazamiento fue dictado el fallo declarativo de pertenencia en provecho de María de Jesús Restrepo Betancur el 30 de junio de 1958, cuya ejecutoria se declaró el 8 de julio del mismo año.

EL LITIGIO

Fue así como Rafael Restrepo Betancur inició el presente proceso con demanda de nulidad del juicio de pertenencia, por falta de citación o emplazamiento legal del actor, quien dirigió el libelo contra María de Jesús Restrepo Betancur. Pidió además la consecuencial nulidad del registro de la sentencia respectiva y la declaración de validez del remate en el juicio divisorio y de su registro, lo mismo que la declaración de que Rafael Restrepo Betancur adquirió el dominio por ese medio y de que María de Jesús está en la obligación de entregarle el inmueble y de pagarle las costas procesales.

El fallo de primera instancia proferido el 15 de enero de 1960 por el Juez 6º Civil del Circuito de Medellín fue adverso a las súplicas del actor, quien abrió con su alzada el segundo grado procesal, que terminó por sentencia del 14 de octubre de 1960, en que el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial resolvió:

"Se *revoca* la sentencia de fecha y procedencia indicadas y en su lugar se decide el presente juicio así:

"1º Se *declaran* no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"2º *Declárase* nulo el juicio de pertenencia adelantado por la señorita María de Jesús Restrepo Betancur en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, por la falta de citación o emplazamiento legal del señor Rafael Restrepo Betancur, y en consecuencia, declárase igualmente nula la sentencia de adjudicación dictada en el expresado juicio y en cuya parte resolutiva se dijo:

"1º Declárase que la señorita María de Jesús Restrepo Betancur ha adquirido, por prescripción tanto ordinaria como extraordinaria, el dominio en su favor del inmueble especificado atrás, en la parte motiva, ubicado en el Municipio de Itagüí, así alinderado: 'Por el frente con la carretera del Caldas, la servidumbre de entrada a la finca de propiedad de Pedro Gómez o de sus herederos o causahabientes; por un costado con herederos o causahabientes de Josefa María Espinosa; por el pie con la quebrada La Muñoz y Rafael Restrepo; y por el otro costado con terrenos que son o fueron de Paulino Gómez, linderos que hoy son casi los mismos y sólo como nuevo colindante en la parte de atrás aparece D. Diego Echavarría'.

"2º Inscríbase esta sentencia en el Libro 1º de la Oficina de Registro de este Circuito, a fin de que produzca los efectos prescritos por el artículo 2534 del Código Civil, en relación con la adquirente, señorita María de Jesús Restrepo Betancur.

"3º Como consecuencia de la anterior declaración, se declara que es nula y sin efecto algu-

no la inscripción de la sentencia de adjudicación por prescripción con que terminó el juicio de pertenencia adelantado por María de Jesús Restrepo B. en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, inscripción hecha en la Oficina de Registro de II. PP. y PP. de Medellín el 24 de julio de 1958, Libro 1º Pares, serie A., Tomo 6º, fs. 183, relacionada con el inmueble descrito en la demanda.

"4º *Declárase* válido el remate con que terminó el juicio divisorio de Rafael Restrepo Betancur contra María de Jesús, María Luisa, Deyanira y Juan de Jesús Restrepo Betancur, adelantado en el Juzgado 5º Civil del Circuito, así como su inscripción hecha en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito el 6 de agosto de 1958 en el Libro 1º Impares, serie A., Tomo 9º, folio 4640; Matrícula N226, folio 266 de Itagüí, abierto el 12 de agosto de 1957.

"5º Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se *declara* que el dueño del inmueble atrás descrito es el señor Rafael Restrepo Betancur y no la señorita María de Jesús de los mismos apellidos, por haber adquirido su dominio en el remate aludido.

"6º *Declárase* que como consecuencia de lo que se deja dicho, María de Jesús Restrepo Betancur está en la obligación de entregarle al demandante, una vez ejecutoriada esta sentencia, el inmueble de que trata la demanda.

"7º Se condena en costas de ambas instancias a la parte demandada".

Y corresponde ahora a la Corte resolver sobre el recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente por el personero de María de Jesús Restrepo Betancur.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

De la motivación expuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín se transcribe: "En el caso a estudio y de acuerdo con las constancias procesales, dentro del juicio de pertenencia instaurado por la señorita María de Jesús Restrepo Betancur se actuó con sujeción a los artículos 6º y 7º de la citada Ley 120 de 1928 no obstante que, como es indudable, la actora conocía el domicilio y la residencia no sólo de Rafael Restrepo Betancur sino de sus demás hermanos condueños con ella en el inmueble cuya adjudicación impetró.

"Infiérese de lo anterior que aunque se hizo la citación o emplazamiento de todas las personas que pudieran tener derechos sobre el bien cuya declaración de pertenencia se solicitó, ello no resultó realmente hecho en forma legal toda vez que no obstante ser conocida de la actora la residencia y domicilio de sus hermanos Restrepo B., así como la posesión que éstos también ejercían o habrían ejercido hasta hacía poco sobre dicho bien, no los citó personalmente al juicio, como debió hacerlo, con todo lo cual se hace resaltar la mala fe con que la demandante, por iniciativa suya o mal aconsejada, procedió. De allí que se haya alegado, con toda razón, la nulidad del juicio aludido con fundamento en lo que se dispone en el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial".

Hace algunas consideraciones generales en materia de nulidades, y añade:

"Por lo que concierne a las nulidades procesales, cuyo estudio es pertinente dado el caso que se decide, basta anotar, respecto a las diferencias expresadas, que ellas se refieren a las actuaciones procedimentales o a los juicios; que existen cuando se desconocen las bases de la organización judicial o se pretermite el derecho de defensa que cada una de las partes tiene en el juicio; la declaración de una nulidad procesal solamente invalida el juicio respectivo, total o parcialmente, sin afectar los derechos sustantivos de los litigantes; finalmente, por lo general, para lograr la declaración de una nulidad procesal, es suficiente alegarla dentro del proceso a fin de que mediante una articulación se decida lo pertinente, agregándose, eso sí, que algunas de tales nulidades como la de ilegitimidad de la personería y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que deben ser llamadas al juicio, se pueden oponer, terminada la actuación procedimental, por vía de acción o de excepción, en este último caso cuando se trate del cumplimiento de la sentencia. (a. 457 del C. J.)".

LA IMPUGNACION

Aparece apoyada en la causal 1ª por dos reparos, y de modo subordinado a que "no prosperase alguno de los anteriores cargos", en la causal 6ª de casación. Es lógico, sin embargo, que el estudio se inicie por esta última, ya que contempla errores *in procedendo*.

CAUSAL 6ª

Sostiene el libelo que se ha incurrido en la nulidad que estatuye en su ordinal 3º el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil,

por cuanto el Ministerio Público, como parte en el juicio de pertenencia, no fue citado legalmente a este proceso que discute la invalidez de aquella actuación. Pues si bien el Personero Municipal de Medellín al finalizar los trámites de segunda instancia se muestra sabedor de "lo resuelto hasta ese momento", expresa a la vez que no coadyuva ni se opone a la acción, lo que en sentir del recurrente no puede sanear la nulidad, cosa que requiere que la parte cuya citación o emplazamiento se omitieron haya "representado" en el juicio, sin reclamar la nulidad, y "aquí el Personero no ha 'representado' en el juicio, si este término ha de entenderse en su sentido propio, es decir, para coadyuvar u oponerse; para pedir algo; para impetrar del juez alguna actuación procesal. No puede considerarse verdadera 'representación' el decir que no entra ni sale, que no toma partido en un proceso en que representa al demandado que, por definición, en este caso, es 'todo el mundo' ".

SE CONSIDERA:

El Personero Municipal de Medellín, después de comentar que su falta de intervención podría configurar una irregularidad en el proceso, manifiesta al Tribunal:

"Empero, sin que ello signifique que el Despacho a mi cargo se inclina a coadyuvar o a oponerse a la acción, juzgo pertinente declarar ahora en aras de la celeridad y economía procesales, que me hago sabedor de lo resuelto hasta el momento y que *allano* toda irregularidad que por la causa aludida pueda afectar la actuación, con el fin de que la honorable Corporación proceda a dirimir sustancialmente el litigio planteado".

Es entonces bastante claro que el Ministerio Público representó en el juicio no sólo sin reclamar la declaración de nulidad sino además con el pedimento de que el Tribunal fallase de mérito, fin para el que allanaba cualquiera irregularidad por falta de citación o emplazamiento. Y si manifestó que ni coadyuvaba ni contradecía la acción, esa postura neutral del Ministerio Público significa conformidad con el pronunciamiento definitivo que llegara a dictarse, mas no que dejara de representar o que estuviera ausente del proceso, como no lo ha estado ante la Corte el Procurador General de la Nación, quien se ha notificado de todos y cada uno de los proveídos de trámite en asunto donde a pesar de la intervención del Ministerio Público, apenas se ventilan intereses eminentemente privados.

Y como en conformidad con el último inciso del artículo 449 del Código Judicial "no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad", y el régimen sobre la materia es de naturaleza estricta, no susceptible de interpretación extensiva, se sigue por corolario que la causal 6ª, ni está demostrada, ni invocada por la persona no citada o emplazada.

CAUSAL 1ª

I. El primer reparo consiste en "infracción directa a título de errónea interpretación del artículo 448 del Código Judicial".

Sostiene el libelo que la falta de citación o emplazamiento no reza sino con las personas vinculadas al juicio por el demandante mismo o por la ley, sin que esa nulidad pueda confundirse con la falta de legitimación pasiva en la causa. De donde desprende que el fallo con relación a la persona no vinculada al proceso, le es inoponible sin que ello envuelva nulidad. Y que si en la parte actora hubo fraude que le sea imputable como causa para que la sentencia se dictara injustamente, tampoco hay nulidad, sino uno de los motivos de revisión del juicio conforme al artículo 542 del Código Judicial.

Afirma que el juicio de pertenencia promovido por María de Jesús Restrepo Betancur siguió "los cauces expresamente previstos como legítimos en la ley; por lo cual, el juicio de declaración de prescripción adquisitiva adelantado por ella no es nulo, de acuerdo con la norma del artículo 448 del Código Judicial, pues fue adelantado con la plenitud de las ritualidades, en particular en cuanto a emplazamiento de posibles opositores, y apenas se trata de saber, con base en la validez y firmeza de la sentencia que allí se pronunció, si ese fallo es *oponible* a su hermano Rafael Restrepo Betancur; o si es *revisable* de acuerdo con el capítulo VII del título XIV del Código Judicial".

II. Estriba el segundo reparo en "infracción directa de los artículos 448 del Código Judicial, 6º, 7º, 8º y 9º de la Ley 120 de 1928 y 7º de la Ley 51 de 1943; a título de aplicación indebida el primero e interpretación errónea los últimos".

Alega el recurrente que en el juicio de pertenencia seguido por los trámites de los artículos

6º a 9º de la Ley 120 de 1928 no se omitió el emplazamiento allí previsto para todos los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trata, y por lo mismo no hubo vicio de nulidad a que sea aplicable el artículo 448. Y por cuanto a virtud de haber sido derogado el inciso 1º, artículo 12 de la Ley 120 de 1928 por el artículo 7º de la Ley 51 de 1943, la sentencia dictada mediante aquel proceso emplazatorio, produce efecto *erga omnes,* el Tribunal interpretó erróneamente dichas disposiciones por restringir la fuerza del fallo con respecto al actor en el presente litigio, Rafael Restrepo Betancur, quien, como todo el mundo, también fue entonces emplazado.

"El Tribunal —expresa la demanda de casación— en este juicio ha dicho, a mi modo de ver con notoria ligereza, que si la demandante sabía que sus antiguos comuneros eran o debían ser sus naturales opositores en el juicio de pertenencia, el artículo 4º de la Ley 120 la obligaba a demandarlos concretamente a ellos; y que, por tanto, escogió torticeramente y de mala fe el procedimiento por edicto porque así pretendía burlar a su natural contraparte. La cosa no es así evidentemente. La ley autoriza dos vías: una contra demandados nominales; y otra *erga omnes,* y es el actor quien escoge. No hay, ciertamente, ni en este ni en cualquier otro supuesto, cuestión de buena o mala fe, sino la aspiración legítima de salir, con una acción única, de la purga y redención de todos y cualquiera de los vicios que pueda tener el dominio de un determinado inmueble".

SE CONSIDERA:

1. La declaración judicial de pertenencia por prescripción adquisitiva admite dos procedimientos: a) juicio ordinario con la persona o personas contra quienes se pretenda hacerla valer; y b) en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, por medio de juicio con traslado de la demanda al Ministerio Público, que tendrá el carácter de parte, y emplazamiento "a todos los que se crean con algún derecho sobre el inmueble de que se trate". (4º y 7º, Ley 120 de 1928).

2. Si organizada de esa suerte la acción de pertenencia, en el poseedor que ha ganado el dominio por el transcurso del tiempo hay apreciable ventaja en poder tomar la iniciativa para conseguir o perfeccionar titularidad inscrita, en vez de hallarse sometido al trance eventual y pasivo de invocar en su defensa la prescripción contra quien por pretenderse dueño reivindica, esa posición ventajosa no llega hasta el punto de que a su albedrío pueda triunfar indistintamente por cualquiera de las dos vías legales aptas para pedir la declaración de pertenencia. Es necesario que en concreto el camino elegido cumpla precisamente las condiciones predeterminadas por la ley para la operancia y eficacia plena de la acción.

3. Cuando los hechos demuestran que el pretendido prescribiente se encuentra colocado en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de las personas contra quienes la prescripción haya consumado su efecto extintivo, no le es permitido el empleo de la vía emplazatoria general, no predicable conforme a derecho sino "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción". Ha de emplearse entonces necesariamente la vía ordinaria con citación de quienes como presupuestos interesados deben ser oídos y vencidos en juicio contradictorio; quienes por ministerio de la Constitución y la ley están vinculados al proceso declaratorio de pertenencia. De otra manera la actuación queda hecha al vacío, por ser preteridas las personas ciertas que por mandato expreso de la ley y por pasiva están llamadas a contradecir la acción. Si no se les cita, el juicio queda privado de eficacia, y el pronunciamiento sin su audiencia mal puede afectarlas y menos en despojo de la legitimación activa que tienen para demandar la nulidad integral de lo actuado a espaldas suyas. (457 C. J.).

4. La acción de nulidad a favor de tales personas vinculadas legalmente al proceso declaratorio de pertenencia, surge con claridad de que la vía por emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar, contra los cuales se pueda aducir la prescripción. Y porque el fallo dictado por ese procedimiento emplazatorio produce, por excepción, cosa juzgada *erga omnes,* la teoría de la inoponibilidad es inconducente al amparo adecuado del derecho de defensa de quienes por ley debieron ser citados personalmente al juicio. El remedio en justicia consiste en evitar que la sentencia les perjudique como a todo el mundo, y de ahí aparece notorio el interés jurídico que los titulariza para ejercer la acción de nulidad del proceso en que debieron ser oídos nominativamente y sin embargo recibieron el tratamiento de personas desconocidas o inciertas.

5. Quien por escritura pública ha cedido en venta a sus hermanos las cuatro quintas partes de cierto inmueble que a todos ellos albergara como residencia común por dilatado tiempo; quien fue parte en el coetáneo juicio divisorio promovido por uno de los cinco hermanos comuneros; y quien, no obstante, pretende haber ganado el dominio exclusivo sobre la misma cosa, se coloca por fuera de las normas cuando dirige la acción contra personas inciertas, a sabiendas de la certeza y clarísima determinación de sus propios hermanos, a favor de los que nominativamente vendieran las cuatro quintas partes del inmueble cuestionado y contra los cuales debió dirigir ineludiblemente la acción de pertenencia por prescripción que borrase la titularidad creada precisamente por la parte demandante.

Si María de Jesús Restrepo Betancur con conocimiento de causa encaminó su acción de pertenencia, no contra sus propios hermanos comuneros, sino en la misma forma que si se tratara de personas inciertas, es indudable que el método de emplazamiento fue ilegal y contrario al legítimo ejercicio del derecho de defensa de quienes por vinculación legal debieron ser nominativa y personalmente citados al juicio y sin embargo no se les notificó la demanda cuya prosperidad y vigencia dejaría, además, sin mérito la resolución judicial con que terminó el juicio divisorio válidamente adelantado y de que fue parte coetánea la que se hizo actora en el de pertenencia contra inciertas personas.

6. Aquí cabe anotar que la prosperidad del juicio divisorio presupone plena prueba de la existencia de la comunidad y del derecho de cuota de todos y cada uno de los comuneros. De donde emerge que la pretensión de quien actuó como parte en el simultáneo juicio divisorio, de querer para sí el dominio exclusivo del inmueble, debió ventilarse como oposición en el propio juicio divisorio, mas no por la vía independiente y soslayada de la acción de pertenencia contra personas inciertas.

7. Si, pues, Rafael Restrepo Betancur, que adelantaba el juicio divisorio con citación y audiencia de su hermana María de Jesús, no fue citado ni oído en el que esta última propuso para obtener exclusivamente en su favor declaración de pertenencia, no hay duda de que por el artículo 457 del Código Judicial está legitimado en la presente causa para alcanzar que se declare nulo el dicho juicio de pertenencia, como fue la decisión del sentenciador pronunciada conforme a derecho.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 14 de septiembre de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ESTADO CIVIL DE UN EXTRANJERO.—SU PRUEBA.

El recurso de casación se mueve por causales que la ley individualiza y enumera taxativamente. No varía la naturaleza del cargo porque sólo se le cambie el nombre para invocarlo por otra causal. Causal 6ª de casación. A la parte que no estuvo debidamente representada en juicio, corresponde el interés jurídico para formular el cargo en casación. Autenticación de documentos extendidos en el extranjero.

1. Es la casación recurso extraordinario y estricto que se mueve por causales que la ley individualiza y enumera taxativamente. No está, en consecuencia, a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo indemostrable por la causal que en derecho le sería propia, venga a ser próspero con sólo cambiar la nomenclatura del motivo invocado.

2. Si el demandado en el litigio aduce falta de capacidad procesal en la parte actora por ausencia de poder bastante para representarla, no se remite a duda que el punto de orden público concerniente a la validez de la actuación y al nacimiento del vínculo jurídico procesal se encuentra circunscrito en el recurso extraordinario al motivo 6º, por cuanto se hubiera incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, dentro de las que en segundo lugar figura "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante".

Mas como se halla al arbitrio de la parte indebida o deficientemente representada, y no de su adversario, dar su aquiescencia expresa o tácita para la plena validez de lo que a su nombre actuara otra persona con mandato deficiente o aun sin poder (3º y 4º, 450); y comoquiera que es a la parte que no estuvo debidamente representada en el juicio a quien titulariza el artículo 457 para ejercer la acción o excepción de nulidad, de manera inmediata se desprende que el interés jurídico para formular el cargo en casación pertenece exclusivamente a esa misma parte que no estuvo bien representada en el proceso, y no a la contraparte que dejara precluír la oportunidad de excepción dilatoria, si de su parte algún interés tuviese en ello. No será pues de recibo a última hora y en el estrecho marco de la casación el medio elusivo del fallo adverso, o el silencio si fuere favorable.

El no proponer excepción dilatoria para mejorar el procedimiento en casos tales, equivale a no discutir, a reconocer y estar conforme con la capacidad procesal del adversario, y en lo jurídico, al auto ejecutoriado que por mandato del artículo 450 elimina la nulidad cuando ha resuelto "que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante".

3. Si para las formalidades externas de los negocios jurídicos es comúnmente admitido entre las naciones el principio de que se rigen por la ley local, locus regit actum, no ha de ser con razones de jerarquía inferior como ha de entenderse que el estado civil de un extranjero, no domiciliado y ni siquiera transeúnte en Colombia, se establece y prueba por los medios valederos en conformidad con su ley nacional.

No hay base alguna plausible para pretender que personas completamente ajenas a la regulación de las leyes colombianas en materia de estado civil, hubieran podido producir las actas correspondientes de matrimonio y filiación legítima en la forma aquí exigida, con sólo que para tales personas hubiera la posibilidad más o menos remota y siempre incierta de que algún día estuviesen en el caso de probar su estado civil en Colombia. Por ello el estado y su prueba se rigen para los extranjeros en conformidad con su ley nacional.

No obstante que las calidades constitutivas de estado deben constar en el registro civil, cuyas actas serán su prueba (347); aunque la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad (1760); y a pesar de que cuando la ley exige instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Colombia, no valen las escrituras privadas cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas (22), no puede sin embargo perderse de vista que tales previsiones de la ley versan sobre los instrumentos necesarios para la existencia jurídica en Colombia del acto o contrato respectivo, como requisitos ad substantiam o ad solemnitatem, pero no de la misma manera cuando se trata del estado civil de extranjeros del todo ajenos al registro colombiano. Porque, a más de lo que viene dicho, cabe añadir que el régimen probatorio del estado civil no es rígido sino flexible en Colombia, de tal suerte que la falta de los documentos notariales podrá suplirse, en caso necesario y entre varios medios, por otros documentos auténticos, o por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trate (19, Ley 92 de 1938).

4. Exigía el artículo 657 del Código Judicial para presumir conformidad con la ley del lugar de su otorgamiento, que los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en países extranjeros llevaran la autenticación de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Colombia y del país de origen. Pero el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, para simplificar convenientemente el sistema, vino a estatuír que "los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en el extranjero de que se quiera hacer uso en Colombia, deben estar autenticados por el respectivo Agente Consular o Diplomático de la República, o en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se conforman con la ley del lugar de su otorgamiento".

Es así como se efectúa la autenticación prevenida por el artículo 21 del Código Civil para establecer por las reglas del Código Judicial el hecho de que los instrumentos hayan "sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, 14 de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

En nombre de Sahara v. de Habib Yacoub fue iniciado el presente litigio sobre petición de herencia del causante Chaker Habib Yacoub, conocido en Colombia con el nombre de Julián E. Jacob, contra la cónyuge sobreviviente Catalina Fuentes v. de Jacob. Se invocó la calidad de madre legítima del *de cuius* y el consecuencial título concurrente en la mitad de la herencia, para que fuese rehecha la partición de bienes, en que la totalidad fue adjudicada a Catalina, como aparece de la protocolización efectuada en la Notaría del Carmen de Bolívar por escritura pública 147 de 1º de octubre de 1948, y para obtener, además, las restituciones respectivas.

La demandada contradijo el libelo y dijo interponer "las siguientes excepciones perentorias, para que se decidan al momento de proferir sentencia: a) *Ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante;* b) *Ineptitud sustantiva de la demanda;* c) *De petición antes de tiempo y de modo indebido;* y d) *Cualquier otro hecho exceptivo emanado de los propios términos de esta contestación*".

Concluyó el debate en primera instancia con pronunciamiento del 7 de septiembre de 1956 proferido por el Juez Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar, a saber:

"1º Rehágase la cuenta de partición y adjudicación de bienes en la sucesión del finado Julián E. Jacob, verificada con fecha 18 de julio de 1948 y registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, en el sentido de adjudicar a la demandante la mitad de la herencia dejada en esta ciudad por su hijo legítimo Julián E. Jacob.

"2º Anúlase el registro de la partición inscrita en el libro de Causas Mortuorias distinguida con el número 38.

"3º Ordénase a la demandada Catalina Fuentes v. de Jacob a (sic) restituír a la demandante Zahara v. de Abib Yacoup, tres días después de notificada la presente sentencia la mitad de la herencia que le corresponde como legítima heredera del finado Julián E. Jacob.

"4º Ordénase a la demandada señora Catalina Fuentes v. de Jacob a (sic) restituír a la demandante o a su apoderado, los frutos naturales y civiles de los mismos bienes sucesorales.

"5º Condénase a la demandada a pagar las costas del presente juicio.

"6º Se declaran no probadas las excepciones perentorias propuestas por el apoderado de la demandada en la contestación de la demanda".

Por apelación de la parte vencida surtiose la segunda instancia hasta culminar en el fallo confirmatorio del 17 de febrero de 1961 emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Y es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación que interpuso la misma parte demandada.

LA SENTENCIA ACUSADA

La motivación empieza así:

"A folio 25 del cuaderno principal, se encuentra la versión castellana de las partidas de matrimonio contraído por Habib Yacoup y Sahara (Flor) Kalil Yusif, y la de nacimiento de Chaker Habib Yacoup.

"La certificación dice textualmente lo siguiente: 'Nosotros, los abajo suscritos, presbítero Boulos Marlo, Cura Párroco responsable del Templo Latino Cristiano del Pueblo de Zababdi, Jenín Palestina, Hacnita y Presbítero Chaker Mousse, cura párroco del Templo Cristiano Ortodoxo, del mismo pueblo de Zababdi ya mencionado, venimos en dichas condiciones por el presente instrumento a testificar que el día 28 de octubre de 1902, celebrose la boda de Habib Jacob y de Sahara (Flor) Kalil Yusif, ambos de Zababdi. Ese legal casamiento se bendijo en el Templo Cristiano Ortodoxo del mismo pueblo, hacemos constar y certificamos también que el bautismo de su hijo habido Chaker Habib Jacob, conocido actualmente por Julián E. Jacob, se efectuó el día 10 de marzo de 1907 en la Iglesia Latino-Cristiana del mismo pueblo de Zababdi, habiendo nacido este hijo legítimo de sus padres ya mencionados el día 29 de febrero de 1907. Su padre Habib Jacob falleció en ésta el año de 1925. En testimonio de verdad otorgamos el presente certificado legalizado por ante el Notario Público de Jenín para su firmeza y validez'.

"Al pie del presente documento hay una leyenda que dice: 'Legación de Colombia en Beyrouth. Junio 29 de 1951. Autentícase la firma anterior de Choucri Salhani, quien en la fecha indicada ejercía legalmente las funciones de Jefe del Servicio Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Libanesa. El Ministro, (fdo.) Rodolfo García García'. Hay un sello que dice: 'Legación de Colombia en El Líbano. Beyrouth'.

"Seguidamente en el mismo instrumento hay un sello de autenticación que reza: 'Ministerio de Relaciones Exteriores. Bogotá, 9 de julio de 1951. Número 5595. Autentícase la firma de Rodolfo García García, quien ejercía el cargo de Ministro de Colombia en Beyrouth el 29 de junio de 1951. Departamento Económico y de Asuntos Consulares. (Fdo.) Firma ilegible. José Antonio Cepeda. Jefe de la Sección de Consulados y Pasaportes'.

"El... personero de la parte demandada, a lo largo del juicio, ha venido impugnando la fuerza probatoria de los documentos transcritos anteriormente, por estimar que en su forma externa no cumplen los requisitos para conformar las relaciones de parentesco que hagan valedera la afirmación de que la demandante tiene los atributos de ser la madre del señor Chaker Habib Yacoup, conocido como Julián E. Jacob, y esposo legítimo de su representada. Dice... que la traducción de los documentos en cuestión no está cobijada por la autenticación que se llevó a cabo por las firmas de las autoridades que intervinieron en la formación de ellos, pues dicha autenticación sólo se refiere a la firma del Ministro de Colombia en Beyrouth y que además la parte actora no solicitó en el término de pruebas la traducción legal de ese documento, por medio de peritos intérpretes.

"Por su parte el Dr...., quien también representó a la demandada en el juicio, al alegar de conclusión, sostuvo que no se había acreditado que las partidas traídas al juicio, eran las idóneas para establecer el correspondiente estado en el país de origen.

"No hay equívoco en nuestra legislación al exigir a los extranjeros que tengan que comprobar su estado civil, acreditarlo conforme a la ley del país donde se cumplieron los hechos constitutivos de ese estado, conformidad que se presume si los documentos se presentan debidamente autenticados ante un funcionario diplomático o consular de la República o en su defecto, ante el de una nación amiga, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, que subrogó el artículo 657 del Código Judicial.

"No otra cosa que el cumplimiento exacto de esta disposición de la ley colombiana, se ha hecho en el presente caso. En efecto, como vimos por la transcripción de las constancias de autenticación de dichos documentos, allí aparece la intervención del Jefe del Servicio Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Libanesa, cuya firma está estampada

al pie de las mencionadas partidas y después de una leyenda que dice certificar que la traducción al castellano está literalmente conforme a su original árabe. Dicha firma a su vez fue autenticada por el Ministro de Colombia en Beyruth, y de éste por el Jefe de la Sección de Consulados y Pasaportes de nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores".

Se detiene el sentenciador en los elementos de prueba que demuestran la identidad personal de Chaker Habib Yacoub con Julián E. Jacob, y especialmente en la carta donde la demandada Catalina Fuentes v. de Jacob dice a la demandante Zahara v. de Habib Yacoub que tan pronto como ocurrió el "fallecimiento de Julián, mi esposo e hijo de usted", tuvo oportunidad de enviarle una carta; que ojalá "viniera usted, o un familiar debidamente autorizado por usted, para que se diera cuenta de lo que quedó a la sociedad conyugal, a fin de hacer un arreglo entre familia"; y que "según concepto de los abogados a usted le corresponde de $ 5.000 a $ 6.000 moneda colombiana".

Más adelante dice el Tribunal:

"También el Dr.... hace objeciones al poder que confirió la señora Sara de Habib, para iniciar el juicio de petición de herencia, llegando a interpretar el mandato como una procuración para solicitar el cumplimiento de una sentencia extranjera y no para incoar la acción mencionada".

Estima bastantes esos poderes cuando expresa:

"Naturalmente que allí se alude a una sentencia dictada por el Tribunal Latino Patriarcal de Jerusalem, pero no puede desconocerse que en el mismo escrito se constituye el poder para ventilar las cuestiones que se refieren a la recuperación de la herencia dejada por Julián E. Jacob, señalando como demandada a Catalina Fuentes de Jacob. Estimamos que el mandato de que dan cuenta los autos para operar la representación debidamente de la demandante, para el logro de los fines del juicio, de petición de herencia, es suficiente y legítima la representación en juicio, por lo que hay que desechar la excepción de ilegitimidad de la personería formulada por el Dr....".

Y termina así:

"En el caso de este juicio no se ha pretendido discutir el título con que la demandada tiene derecho a ocupar parte de la herencia. Sus atributos de cónyuge sobreviviente que facultan a la señora Catalina F. de Jacob para tomar una parte o cuota de la universalidad del patrimonio, sólo se ve menoscabado en este caso por el derecho de la madre del *de cuius*, a concurrir también por igual en esa universalidad. La escritura pública 147 de 1948, corrida en la Notaría del Circuito del Carmen (Bolívar), que recoge la hijuela de adjudicación de la totalidad de los bienes a la cónyuge supérstite señora Catalina F. v. de Jacob, a título de tal y de única heredera, no da ningún pávulo a pensar que ella no tenía las condiciones de cónyuge y heredera del causante, pues la partición es el acto que concreta patrimonialmente los derechos o titularidades que se han reconocido en el plenario. Esto para contestar al ataque que hace el Dr.... de que no fue demostrada la calidad de heredera de la demandada, con las partidas respectivas".

LA IMPUGNACION

Primer motivo. Lo formula el recurrente así:

"Ilegitimación en el proceso de la parte demandante. Error de hecho en la apreciación de piezas del proceso, con violación de disposiciones de orden público y de derecho sustancial".

Dice que como en virtud de constante doctrina de la Corte la ilegitimidad de personería adjetiva no puede invocarse como fundamento de la causal 6ª por la contraparte de la mal representada en el proceso, entonces formula el cargo por la causal 1ª.

A continuación expresa:

"Y como la capacidad para actuar en juicio o la legitimación *ad processum* constituye un presupuesto procesal, aunque en las instancias la razón de hecho de ese motivo no haya sido precisamente considerada, el cargo es viable por decir relación a uno de los sujetos mismos del vínculo jurídico procesal".

Considera que la estructuración del proceso es de orden público y tiene cabida en el recurso, aunque se presente como medio nuevo; que el sentenciador da por existente el poder otorgado por Zahara v. de Habib Yacoub, cuando apenas se trata de un escrito anónimo, al cual se le puso la impresión digital del pulgar de la mano izquierda, sin saberse de quién es; que en la traducción oficial se dice que hay varios sellos y firmas que legalizan esa escritura en nombre de varios países, pero sin decir cuáles; que como el escrito contempla muchas gestiones en varios pleitos, se trata de poder general, sin que se haya configurado instrumento público

para conferirlo; que por no haber observado todo ello el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho, y, en suma, que violó las disposiciones de los artículos 231, 255, 256, 258 y 259 del Código Judicial, 21, 22, 1760, 2142 y 1321 del Código Civil, y 1º de la Ley 39 de 1933.

Pero agrega que "si la Corte no acogiera el cargo anterior formulado contra la sentencia por motivo de error de hecho evidente en la apreciación del contexto del escrito o documento que ha venido recibiéndose en el juicio como poder ótorgado por la señora Zahara v. de Habib Yacoub al doctor Bishara Odeh Elías", entonces lo formula por error de derecho, porque "no es posible que se acepte que tal documento en su forma externa asume los caracteres de un instrumento público en el país en donde fue otorgado por el pretendido autor de él". Y deduce violación de los artículos 231, 255 del Código Judicial, 1º de la Ley 39 de 1933, 21, 22, 1760 y 1321 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

1. Es la casación recurso extraordinario y estricto que se mueve por causales que la ley individualiza y enumera taxativamente. No está, en consecuencia, a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo indemostrable por la causal que en derecho le sería propia, venga a ser próspero con sólo cambiar la nomenclatura del motivo invocado.

2. Si el demandado en el litigio aduce falta de capacidad procesal en la parte actora por ausencia de poder bastante para representarla, no se remite a duda que el punto de orden público concerniente a la validez de la actuación y al nacimiento del vínculo jurídico procesal se encuentra circunscrito en el recurso extraordinario al motivo 6º, por cuanto se hubiera incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, dentro de las que en segundo lugar figura "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante".

3. Mas como se halla al arbitrio de la parte indebida o deficientemente representada, y no de su adversario, dar su aquiescencia expresa o tácita para la plena validez de lo que a su nombre actuara otra persona con mandato deficiente o aún sin poder (3º y 4º, 450); y como quiera que es a la parte que no estuvo debidamente representada en el juicio a quien titulariza el artículo 457 para ejercer la acción o excepción de nulidad, de manera inmediata se desprende que el interés jurídico para formular el cargo en casación pertenece exclusivamente a esa misma parte que no estuvo bien representada en el proceso, y no a la contraparte que dejara precluír la oportunidad de excepción dilatoria, si de su parte algún interés tuviese en ello. No será pues de recibo a última hora y en el estrecho marco de la casación el medio elusivo del fallo adverso, o el silencio si fuere favorable.

4. El no proponer excepción dilatoria para mejorar el procedimiento en casos tales, equivale a no discutir, a reconocer y estar conforme con la capacidad procesal del adversario, y en lo jurídico, al auto ejecutoriado que por mandato del artículo 450 elimina la nulidad cuando ha resuelto "que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante".

5. Y como la sustancia del reparo no cambia con sólo vaciarla en el molde de la causal 1ª, ni por ese mecanismo es trasmutable el error *in procedendo* de la causal 6ª en el error *in iudicando* de la causal 1ª, el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo motivo. Lo presenta así el libelo:

"Legitimación en causa de la parte demandante. Error evidente de hecho y error de derecho en la apreciación de pruebas del proceso con violación de disposiciones probatorias y de derecho sustantivo".

Impugna la certificación de los presbíteros Boulos Marlo y Chaker Mousse, de Janin (Palestina), pues afirma que son "unas declaraciones certificadas e injuradas", y agrega:

"No fijó bien la vista el Tribunal en la certificación trascrita, y por esto vio en ella *partidas* de los estados civiles de matrimonio y nacimiento a que se refiere, o certificación de partidas de esos estados, cuando, como he dejado anotado, son simples declaraciones certificadas e injuradas de que se sucedieron el matrimonio y el bautismo a que se contraen".

Y más adelante:

"Sean o no auténticas las certificaciones de los presbíteros de Janín (Palestina), es lo cierto que no pasan de ser ante nuestra ley sino simples declaraciones certificadas e injuradas; y sin embargo el Tribunal las tomó como partidas de estado civil, sería para ajustarlas a nuestro régimen probatorio, que por un lado exige que el estado civil conste en el registro de ese estado, y que son las partidas de ese registro, certificadas por el funcionario respectivo las

que sirven conforme a nuestra ley, para probar el estado civil de las personas.

"En todo caso, el Tribunal al estimar en su literalidad o expresión material, la certificación de los presbíteros de Janín (Palestina), incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de tales testimonios certificados, al considerarlos como certificaciones de partidas de estado civil, y con ese error de hecho evidente cayó en violación de los artículos 346, 347 del Código Civil, artículo 22 de la Ley 57 de 1887 y 18 de la Ley 92 de 1938, y por haber decretado la acción ejercitada en el juicio, en virtud de ese error, violó también el artículo 1321 del Código Civil".

Por otro aspecto considera el recurrente que como "la ley que regula la prueba en Colombia es de orden público", entonces "el Tribunal, en vez de haber cometido error de hecho evidente en la apreciación de aquella declaración certificada de los presbíteros de Janín (Palestina), cayó en error de derecho al considerarla como prueba idónea de las relaciones de parentesco entre la sedicente demandante, señora Zahara v. de Habib Yacoub y el causante señor Julián E. Jacob, cayendo con ese error de derecho en violación de los citados artículos 346 y 347 del Código Civil, de los artículos 21 y 22 y 1760 del Código Civil y los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 18 de la Ley 92 de 1938, y como consecuencia de esas violaciones, y en cuanto el Tribunal decretó la acción ejercitada en el juicio violó también el artículo 1321 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

6. Si para las formalidades externas de los negocios jurídicos es comúnmente admitido en tre las naciones el principio de que se rigen por la ley local, *locus regit actum,* no ha de ser con razones de jerarquía inferior como ha de entenderse que el estado civil de una extranjera, no domiciliada y ni siquiera transeúnte en Colombia, se establece y prueba por los medios valederos en conformidad con su ley nacional.

7. No hay base alguna plausible para pretender que personas completamente ajenas a la regulación de las leyes colombianas en materia de estado civil, hubieran podido producir las actas correspondientes de matrimonio y filiación legítima en la forma aquí exigida, con sólo que para tales personas hubiera la posibilidad más o menos remota y siempre incierta de que algún día estuviesen en el caso de probar su estado civil en Colombia. Por ello el estado y su prueba se rigen para los extranjeros en conformidad con su ley nacional.

8. No obstante que las calidades constitutivas de estado deben constar en el registro civil, cuyas actas serán su prueba (347); aunque la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad (1760); y a pesar de que cuando la ley exige instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Colombia, no valen las escrituras privadas cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas (22), no puede sin embargo perderse de vista que tales previsiones de la ley versan sobre los instrumentos necesarios para la existencia jurídica en Colombia del acto o contrato respectivo, como requisitos *ad substantiam* o *ad solemnitatem,* pero no de la misma manera cuando se trata del estado civil de extranjeros del todo ajenos al registro colombiano. Porque, a más de lo que viene dicho, cabe añadir que el régimen probatorio del estado civil no es rígido sino flexible en Colombia, de tal suerte que la falta de los documentos notariales podrá suplirse, en caso necesario y entre varios medios, por otros documentos auténticos, o por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trate. (19, Ley 92 de 1938).

9. Exigía el artículo 657 del Código Judicial para presumir conformidad con la ley del lugar de su otorgamiento, que los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en países extranjeros llevaran la autenticación de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Colombia y del país de origen. Pero el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, para simplificar convenientemente el sistema, vino a estatuír que "los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en el extranjero de que se quiere hacer uso en Colombia, deben estar autenticados por el respectivo Agente Consular o Diplomático de la República, o en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se conforman con la ley del lugar de su otorgamiento".

Es así como se efectúa la autenticación prevenida por el artículo 21 del Código Civil para establecer por las reglas del Código Judicial el hecho de que los instrumentos hayan "sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese".

En consecuencia, el testimonio debidamente autenticado de los presbíteros Boulos Marlo y Chaker Mousse significa que el estado de Zahara v. de Habib Yacoub en calidad de madre legítima de Julián E. Jacob se estableció en conformidad con la ley del lugar, desde luego que al presente proceso no se ha traído contraprueba al respecto.

Tercer motivo. Consiste esencialmente en el mismo reparo anterior, presentado ahora como quebranto directo por interpretación errónea de los artículos 1º, Ley 39 de 1933, 21, 22, 346, 347, 1760 y 1321 del Código Civil, 22, Ley 57 de 1887, y 18, Ley 92 de 1932, de modo que no es el caso de repetir aquí las razones que acaban de expresarse.

Cuarto motivo. Estima el recurrente que no está legitimada en causa la parte demandada, y argumenta así:

"...el Tribunal... considera que la hijuela de adjudicación de bienes en una sucesión concreta las 'titularidades que se han reconocido en el plenario' del correspondiente juicio, y que en esa consideración, la que se extendió en el sucesorio de Julián Jacob a doña Catalina Fuentes de Jacob, prueba la condición de ésta de casada con el mismo causante, y a ese título prueba también la calidad de heredera de él, olvidándose que el estado civil, conforme a nuestra ley, tiene su prueba específica; que la hijuela de adjudicación de bienes de herencia no puede constituír sino elemento demostrativo de la propiedad y posesión de esos bienes, pero jamás por sí misma la calidad de heredero del causante".

Trae a colación algunas citas doctrinales, y concluye:

"Con ese error de derecho el Tribunal violó los artículos 346 y 347 del Código Civil, artículo 22 de la Ley 57 de 1887, artículo 18 de la Ley 92 de 1938, artículo 55 de la Ley 153 de 1887, y artículos 765, 759 y 1321 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

10. Por pasiva en la acción de petición de herencia está legitimado quien la ocupe en calidad de heredero (1321 C. C.). De suerte que si por instrumento público registrado se prueba con plenitud que Catalina Fuentes v. de Jacob en su carácter de cónyuge sobreviviente recibió como única heredera toda la herencia de Julián E. Jacob, es indiscutible que según su titularidad ella es precisamente la persona que por ley está llamada a contradecir la acción.

Y si pretendiera estar en orden sucesorio preferente y exclusivo con respecto a la actora, no sería para ésta la carga de la prueba, sino obviamente para la demandada, que estaría en la necesidad de acreditar prelación por medios idóneos extraídos del estado civil o del testamento, en su caso.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 17 de febrero de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TESTAMENTO CERRADO

Formalidades requeridas para su validez. Nulidad por falta de citación o emplazamiento. El concepto de inexistencia no coincide ni se confunde con el de nulidad. Inconsonancia. En qué consiste.

1. En desarrollo del principio de que nadie puede ser juzgado sin antes ser oído, la ley ordena poner en conocimiento del demandado el escrito en que se le cita a juicio. Esta notificación de la demanda es un acto que se encamina a constituír la relación jurídico-procesal entre las partes y a habilitar al juez para asumir la dirección de la litis y pronunciar en ella una decisión de fondo. Es innegable que mientras no se notifique la demanda al reo tampoco se forma regularmente entre éste y el actor la relación expresada. La omisión de ese requisito de la notificación de libelo constituye un vicio de tal entidad que los propios textos legales lo sancionan con la invalidez de la actuación posterior, precisamente porque él entraña el desconocimiento del derecho de defensa. El artículo 448 del Código Judicial dispone en efecto que es motivo de nulidad en todos los juicios "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". Esta misma sanción de la nulidad denota que el proceso afectado de aquel vicio no puede considerarse como inexistente o como un no acto, sino como una actuación que subsiste mientras no se declare su invalidez. El concepto de inexistencia no coincide ni se confunde con el de nulidad, de modo que donde la ley habla de invalidez no puede entenderse que se refiere a la inexistencia. Si el Código Judicial estatuye que la falta de citación o emplazamiento produce nulidad en el juicio, no es dable comprender que el efecto de ese vicio sea la inexistencia de hecho del proceso respectivo.

Y aún hay más: la ley regula el modo de declarar las nulidades procesales y autoriza en algunos casos la convalidación expresa o tácita de la actuación viciada. Así, verbigracia, el inciso final del artículo 450 del Código Judicial deja ver que la nulidad por falta de citación o emplazamiento se sanea en forma implícita cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, intervienen en el juicio sin reclamar la declaración de invalidez. Y del contexto de los artículos 455 y 460 ibídem se infiere que los curadores ad litem de los litigantes ocultos o inciertos pueden, en cualquier momento del proceso, convalidar de manera expresa la misma nulidad mencionada. Lo cual demuestra que la suerte del juicio afectado del vicio que se anota, depende de modo exclusivo de la voluntad de la persona que no fue citada o emplazada, debiendo serlo.

2. La causal de inconsonancia consiste en la desarmonía entre las pretensiones de la demanda o de su respuesta y lo resuelto en el fallo y no en la aplicación de preceptos distintos de los invocados por las partes ni en que la sentencia se apoye en hechos o consideraciones diversos de los señalados como causa petendi. La Corte tiene ya dicho que "la incongruencia de un fallo no se refiere a los hechos, sino a las pretensiones de las partes" y que dicha causal de casación no autoriza ni puede autorizar para abordar el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (Casación de agosto 30 de 1954, LXXVIII, 2145, 406; LXXVIII, 2147, 882).

3. Testamento cerrado es aquel que por el querer de su otorgante y del modo previsto por la ley se halla destinado a permanecer secreto mientras no sobrevenga la muerte del testador

y no sea abierto por el funcionario autorizado para ello. La esencia de este testamento, según el artículo 1080 del Código Civil, consiste en el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada y les declara de manera inteligible que esa escritura contiene su memoria testamentaria. Así lo dispone la ley, pero no debe olvidarse que la reserva o secreto del testador en dar a conocer las disposiciones de su postrera voluntad constituye también un aspecto sustancial de esta clase de testamento.

Precisamente en guarda de esta reserva la ley somete a solemnidades especiales así el otorgamiento del acto testamentario secreto como también su apertura y publicación. Extendido con las formalidades correspondientes, queda el testamento amparado por una presunción de autenticidad y validez que le asegura la posibilidad de ser normalmente abierto, publicado y ejecutado cuando conserva la forma original como se lo otorgó. La presunción aludida descansa tanto en la observancia de los requisitos iniciales como en la conservación del estado de cerramiento de la cubierta hasta cuando se produzca la apertura regular del testamento por el funcionario competente. Si el cerramiento desaparece en forma distinta de la prevista por la ley, se destruye por lo mismo aquella presunción y el testamento pierde su mérito. No basta, pues, que las formalidades del testamento cerrado se cumplan todas al momento de otorgarlo, sino que es también indispensable que se mantenga intacto el estado de cerramiento de la cubierta hasta cuando el Juez competente proceda a abrirla. Dicho cerramiento constituye la garantía de la autenticidad del pliego testamentario, hasta el punto de que si él no se conserva y se ofrece por ello la posibilidad de que el testamento sea sustraído o sufra alteraciones o cambios, queda éste desprovisto de esa garantía y no puede recibir ejecución. Y ello sin contar con que la destrucción deliberada del mismo cerramiento por obra del propio testador, tiene el alcance de una revocación del testamento.

Con todo, como la alteración del cerramiento puede obedecer a causas diversas, incluso de carácter fortuito, y como no siempre que ella ocurre se produce también la sustracción o cambio del testamento, la ley permite que este acto recupere su mérito mediante fallo que lo declare válido, previa la comprobación de su autenticidad y de su identidad. Así lo dispone el artículo 924 del Código Judicial, que es norma de orden sustancial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., noviembre catorce de mil novecientos sesenta y uno).

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava).

ANTECEDENTES

1. El 24 de noviembre de 1932 el Presbítero doctor Daniel Sabogal Mora, hallándose en su lecho de enfermo en la Casa de Salud de Marly, otorgó testamento cerrado ante el Notario Quinto de Bogotá, lo que se hizo constar en la escritura número 1255, extendida en la fecha expresada. Tanto en esta escritura como en la cubierta del testamento se lee que el doctor Sabogal presentó su memoria testamentaria en "un pliego cerrado y pegado con nueve (9) pegaduras de lacre rojo", que manifestó de viva voz que el sobre dicho contenía su testamento y que luego firmó la escritura y la constancia de la cubierta con los testigos y el Notario.

2. Aparece que dos días después, o sea el 26 de noviembre de 1932, el testamento del doctor Sabogal Mora fue entregado en custodia al Banco de Colombia (Casa Principal) por el señor Ricardo Chaves Posada.

3. El 23 de junio de 1949 falleció en esta ciudad el nombrado Presbítero doctor Sabogal Mora, y su juicio mortuorio se inició el ocho de julio del mismo año ante el Juez Séptimo Civil de este Circuito.

4. El dieciocho de agosto siguiente el Banco de Colombia informó al Juez de la causa que en su poder se hallaba el testamento del doctor Sabogal, y dicho funcionario dispuso por auto de 26 del mismo mes solicitar la entrega de ese testamento.

5. No se tiene conocimiento de la fecha exacta ni del estado en que el testamento fue puesto en manos del Juez de la sucesión, pero sí se sabe que éste lo dio de nuevo en custodia al Banco de la República y que el 17 de diciembre de 1949 pidió su entrega para dar comienzo a las diligencias conducentes a su apertura y publicación.

6. Estas diligencias se iniciaron el ocho de febrero de 1950 mediante la orden de citar al doctor Julio Eduardo Riveros, único testigo sobreviviente, para que reconociera su firma, abonara las de los otros testigos y el Notario y declarara sobre el estado del testamento. También se dispuso hacer comparecer al Notario Séptimo de Bogotá, doctor Luis Carrera, para que

abonara la firma del Notario fallecido, doctor Enrique Fandiño.

7. El doctor Riveros rindió su testimonio el 27 de marzo de 1950 y en él reconoció la firma suya puesta en la cubierta del testamento, abonó las del testador y demás testigos y el Notario y declaró que "el sobre se encuentra en el mismo estado que quedó en la fecha en que fue firmado ante el señor Notario y los testigos ya dichos".

8. El doctor Carrera declaró el mismo día y "una vez que hubo examinado el pliego que contiene el testamento, manifestó que en su concepto dicho pliego se encuentra actualmente sin alteraciones y que las firmas puestas por el doctor Daniel Sabogal, los testigos Gregorio Forero Nieto, Julio Eduardo Riveros, Alejandro Franco, Jorge Bonilla, Félix Pardo M. y el Notario Enrique Fandiño parecen auténticas".

9. El Juez señaló la hora de las tres de la tarde del diecinueve de abril del año citado para practicar la diligencia de apertura del testamento, y llegado ese día se procedió a efectuar dicha diligencia, pero sucedió que en ese momento el funcionario nombrado halló que estaban rotos y desprendidos los sellos laterales de la cubierta y dejó sobre ésta la siguiente constancia: "En diez y nueve de abril de mil novecientos cincuenta se procedió a la apertura del anterior sobre que contiene el testamento cerrado del Presbítero doctor Daniel Sabogal Mora. El sobre fue hallado en el momento de la apertura con todos los sellos laterales rotos y desprendidos y únicamente el sello de la parte superior se encontraba prendido, aunque algo roto ligeramente".

10. También en el acta de la diligencia de apertura el mismo Juez expresó lo siguiente: "Se observó que los sellos de lacre de las partes laterales del testamento están todos rotos y únicamente se encuentra en regular estado el sello central del mismo, aunque no se encuentra completo".

11. La misma acta da también cuenta de que el doctor José Manuel Manjarrés, en su condición de mandatario de varios interesados en la sucesión del doctor Sabogal Mora, dejó esta constancia: "1º Que la cubierta que cierra el testamento tiene todos los sellos desprendidos, excepto uno, que también aparece ligeramente desprendido. 2º Que la firma que dice Daniel Sabogal Mora puesta en dicha cubierta con una abreviatura ininteligible no es la misma que el señor doctor Daniel Sabogal Mora, Presbítero, usaba para todos sus actos públicos y privados; y 3º Que la firma que dice 'Daniel Sabogal Mora', con una abreviatura al final ininteligible, al final del testamento (sic), no es, por ser distinta a la que el señor Daniel Sabogal Mora, Presbítero, usaba en todos sus actos públicos y privados, como puede comprobarse con la comparación de estas firmas tachadas con otras firmas auténticas del testador".

12. Concluídas las diligencias de apertura y publicación del testamento del doctor Sabogal Mora, fueron luego incorporadas en el protocolo de la Notaría Octava de Bogotá mediante la escritura número 1396, otorgada el 20 de mayo de 1950.

EL LITIGIO

Cuatro meses después, o sea el 22 de septiembre de 1950, los señores Wenceslao, Abelino, Miguel, Rubén y Benjamín Sabogal Mora, Pedro, Aniceto y Rosa Huérfano Sabogal, Gregorio, Cristina y Nohemí Sabogal Zapata y María Petronila Guevara Sabogal demandaron ante el Juez Sexto Civil de este Circuito al Seminario Conciliar de San José, a la Santa Iglesia Catedral de Bogotá y a las Iglesias Parroquiales de Jerusalém, Nariño, Guataquí y La Vega, representadas todas estas entidades por el Ilustrísimo señor Arzobispo Primado de Colombia, a los Pobres del Municipio de San Francisco, representados por el Personero de dicho Municipio y por el Síndico General de la Beneficiencia de Cundinamarca, y a las señoras Barbarita Posada viuda de Chaves, Ana María, María Josefa y Concepción Chaves Posada, para que en la sentencia respectiva se hicieran estas declaraciones:

"Primero. Que es nulo y sin ningún valor jurídico el llamado testamento cerrado del doctor Daniel Sabogal Mora, Presbítero, que se presentó y abrió dentro de la sucesión aludida, se protocolizó en la Notaría Octava de Bogotá en la escritura número mil trescientos noventa y seis (1396), fechada el veinte de mayo (20) de mil novecientos cincuenta (1950), que en copia acompaño.

"Segundo. Se declare que como 'lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz que en aquella escritura se contiene su testamento', de acuerdo con el artículo 1080 del Código Civil, y en el testamento demandado aparece la leyenda: 'En constancia firmo y entrego el presente testamento al Notario, señor Fandiño, para que cierre y selle ante testi-

gos', está probado que lo esencial del testamento cerrado del doctor Daniel Sabogal Mora, Presbítero, fue violado, y por eso carece el testamento de valor y debe desestimarse.

"Tercero. Que la cubierta que dijo contener como sobre cerrado el llamado testamento del Presbítero, doctor Daniel Sabogal Mora, al ser presentada para su apertura al señor Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, que conoce del juicio de sucesión del mentado doctor Sabogal Mora, apareció con los sellos laterales rotos, desprendidos y violentados, y que por lo mismo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 924 del Código Judicial, no presta mérito y carece de valor el precitado testamento que se está demandando, contenido dentro de aquel sobre, y por eso las declaraciones hechas por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá dentro del juicio de sucesión del doctor Sabogal Mora son ineficaces en cuanto se funden en el testamento de la referencia.

"Cuarto. Que el testamento cerrado que se está demandando aparece como firmado por el doctor Daniel Sabogal Mora, Presbítero, cuando la evidencia es que la firma que en ese testamento y sobre que lo contiene y que se lee 'Daniel Sabogal Pbro.', no fue puesta por el citado doctor Sabogal Mora, y por lo mismo es falsa, careciendo de valor jurídico el acto testamentario que en esta demanda se impugna.

"Quinto. Que como en el acto del otorgamiento y presentación del testamento cerrado del doctor Daniel Sabogal Mora que se está demandando, se dice intervino como testigo el doctor Gregorio Forero Nieto, Presbítero, quien fue el último y habitual confesor del testador, momentos antes de testar y después, por eso carece de valor y es nulo el acto o declaración testamentaria que se está demandando.

"Sexto. Que como consecuencia de las peticiones que preceden se declare que los bienes que dejó el causante, doctor Daniel Sabogal Mora, pertenecen a su sucesión, representada por sus legítimos herederos, con prescindencia de otras personas, especialmente de los legatarios que cita el testamento que se está demandando".

En respaldo de estas peticiones expone la demanda varios de los hechos expresados como antecedentes y otros que pueden compendiarse así:

a) En la parte final del testamento del doctor Sabogal se lee lo siguiente: "En constancia firmo y entrego el presente testamento al Notario, señor Fandiño, para que cierre y selle ante testigos". Esto prueba que se violó lo esencial del testamento cerrado, o sea el acto en que el testador presenta al Notario y testigos una escritura cerrada, y que por lo mismo el acto testamentario del doctor Sabógal carece de valor o es inexistente (Hecho quinto).

b) Como al momento de la apertura de la memoria testamentaria del doctor Sabogal se encontró que los sellos laterales estaban rotos, desprendidos y violentados, tal circunstancia implica, conforme a lo prescrito por el artículo 924 del Código Judicial, que dicho testamento no presta mérito y carece de valor jurídico. (Hecho sexto).

c) La ruptura de los sellos "tuvo por objeto sustituír el verdadero testamento del doctor Daniel Sabogal Mora por otro pliego, que es el que dentro del juicio de sucesión del doctor Daniel Sabogal Mora se tuvo como testamento y en el cual se suplantó la firma del testador, pues la que allí aparece no es la del doctor Daniel Sabogal Mora, ni puesta por éste" (Hecho séptimo).

d) La persona que entregó en depósito el testamento del doctor Sabogal al Banco de Colombia, fue don Ricardo Chaves Posada, hijo de la legataria demandada, señora Barbarita Posada viuda de Chaves, y hermano de las señoritas Chaves Posada, también legatarias y demandadas.

e) El Presbítero, doctor Gregorio Forero Nieto, confesó al doctor Sabogal momentos antes de testar éste, sirvió en seguida de testigo en el testamento y más tarde llevó al propio doctor Sabogal a la casa cural del mismo doctor Forero, en la Parroquia de San Victorino, donde lo tuvo alojado por mucho tiempo y donde a diario lo confesaba y le administraba los Sacramentos (Hecho noveno).

f) "Como no existe legalmente testamento alguno del Presbítero, doctor Daniel Sabogal Mora, ya que el presentado es nulo y carece de valor, todos los bienes dejados por el citado Presbítero, doctor Sabogal Mora, deben ser divididos entre sus legítimos herederos, que lo son los demandantes" (Hecho undécimo).

Ninguno de los demandados dio respuesta a la demanda, y el juicio siguió su curso hasta concluír la primera instancia con el fallo de 25 de marzo de 1954, en el cual se denegaron "todas y cada una de las peticiones contenidas en el libelo de demanda" y se condenó en costas a los actores.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por apelación interpuesta por la misma parte demandante, se surtió el segundo grado, al cual puso fin el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la sentencia de 31 de agosto de 1959, en la cual revocó la decisión de primera instancia y en su lugar se dispuso:

"Primero. Declárase nulo, y por tanto si (sic) valor ni efecto alguno, el testamento cerrado otorgado por el Presbítero Daniel Sabogal Mora el día veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y dos, ante el Notario Quinto de este Circuito, y de trata (sic) la escritura número 1255 de los citados fecha, mes y año.

"Segundo. En consecuencia, el juicio de sucesión del expresado Presbítero Sabogal Mora, se continuará y liquidará conforme a las normas legales que rigen la sucesión abintestato.

"Tercero. Inscríbase este fallo en la correspondiente Oficina de Registro, para los efectos legales respectivos.

"Cuarto. No se hace especial condenación en costas".

La sentencia del Tribunal se sustenta en varias consideraciones que es de conveniencia recordar.

Ante todo declara infundado el cargo de nulidad del testamento del Presbítero Sabogal por el hecho de que éste hubiera expresado al final del mismo que lo firmaba y entregaba al Notario para que lo cerrara y sellara ante los testigos. Según la cubierta del testamento y la escritura de otorgamiento de éste, dicho sobre se presentó cerrado y pegado con nueve sellos de lacre, lo cual significa que no se realizó el propósito inicial del testador. Fuera de que ello no habría afectado de invalidez el testamento si se hubiera realizado, porque de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1080 del Código Civil "lo esencial no es que la escritura esté cerrada, sino que hecha su presentación ante el Notario, nadie pueda ya informarse de su contenido".

La sentencia se refiere luego a la súplica de que el testamento no presta mérito y carece de valor conforme a lo dispuesto por el artículo 924 del Código Judicial, por haber aparecido rotos, desprendidos y violentados los sellos laterales de lacre que aseguraban la cubierta y de que por tanto son ineficaces las declaraciones que se funden en dicho testamento. Dice que como este es el cargo de mayor importancia que se formula en la demanda, se hace necesario examinar con detenimiento las pruebas que se allegaron para demostrarlo.

A este propósito recuerda el fallo las circunstancias en que se otorgó el testamento y cómo fue presentado al Notario por el doctor Sabogal cerrado y pegado con nueve sellos de lacre rojo, según lo que se hizo constar en la cubierta misma y en la escritura número 1255. También anota que la memoria testamentaria fue entregada al Banco de Colombia hasta que dieciocho años más tarde pasó al Juzgado para su apertura y publicación; que allí el único testigo presencial sobreviviente, doctor Riveros, declaró que el sobre se hallaba en el mismo estado en que fue suscrito ante el Notario; que no obstante esto, veintitrés días después, al proceder a su apertura, se encontró que los sellos laterales estaban rotos y desprendidos. "No hay prueba alguna —dice la sentencia— que establezca el estado en que se hallara la cubierta al ser entregada por el Banco, ni por lo tanto si la ruptura de los sellos se produjo antes de dicho envío, como pudiera pensarse en razón del larguísimo tiempo que permaneció en custodia, o si lo fue posteriormente, cuando ya el testamento se encontraba en poder del Juzgado para su apertura, como permite deducirlo asimismo la declaración del testigo Riveros".

Considerando la posibilidad de sustitución o cambio del testamento que ofrecía la ruptura de los sellos, el fallo se refiere a lo ocurrido hasta el día de la apertura y a los conceptos periciales que sobre este particular rindieron los doctores Miguel Aguilera, Jesús Antonio Uribe, José Vicente Azcuénaga y Euclides Londoño, y expresa a continuación: "No se logró establecer que precisamente y en razón de ese mal estado de la cubierta, el testamento allí contenido hubiera sido sustituído o alterado.

En cambio, de acuerdo con el parecer uniforme de los peritos que intervinieron en el juicio, ampliamente confirmado con verificación experimental hecha por los suscritos Magistrados sobre la cubierta de la 'Demostración A', mediante la cual el perito Jesús Antonio Uribe reconstruyó el estado en que debía encontrarse para el momento de la apertura, es evidente que dicho estado permitía una fácil sustracción de los pliegos allí contenidos y hacía posible por consiguiente el cambio por otro que, aun siendo material y físicamente auténtico, no representara sin embargo la última y definitiva voluntad del testador".

Después de dar por establecido que es "un hecho absolutamente cierto" que el día de la aper-

tura del testamento aparecieron rotos y desprendidos los sellos laterales de la cubierta y de transcribir los artículos 1080 y 1082 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890, la sentencia concluye así: "Ahora bien. La cubierta contentiva del testamento del Presbítero Daniel Sabogal Mora, según se deja comprobado, no se cerró exteriormente 'de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta', como lo ordena el primero de los incisos transcritos del artículo 1080 del Código Civil, pues que 'el pegante con que se embadurnaron los bordes del papel sellado del sobre, resultó ser un pegante de goma arábiga (mucílago de goma arábiga)', como así lo verificaron los peritos Azcuénaga Chacón y Londoño; 'pero de una concentración tan pequeña que tenía que producir el resultado que se advirtió, es decir, que su adherencia fuera tan escasa que permitiera la separación de los papeles sin lugar a desgarraduras... La cantidad de pegante que se untó a los bordes del papel sellado del sobre fue tan pequeña que no afectó sensiblemente el espesor del papel'. Es decir, que si la cubierta se despegó por la sola acción del tiempo y como consecuencia del desprendimiento de sus bordes, los pliegos contenidos en ella pudieron extraerse 'sin romper la cubierta', este solo hecho basta para comprobar la clara violación del primero de los textos citados, o, para emplear las propias palabras del artículo 11 de la Ley 95 de 1890, la omisión de la formalidad que en ella se previene de cerrar exteriormente la cubierta 'de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta".

"Fuera de esto se encuentra, además, que en ejercicio de la facultad consagrada en el inciso segundo del artículo 1080, el Presbítero Sabogal Mora empleó nueve sellos o marcas de lacre rojo 'para la seguridad de la cubierta'. Sin embargo, y como se deja comprobado, ocho de esos sellos resultaron rotos para el momento de la publicación o apertura del testamento, en términos de hacer posible la sustracción y consiguiente sustitución o alteración del mismo 'sin romper la cubierta'. Con lo cual la mayor seguridad que mediante dichas marcas se buscaba, desapareció, y con ellas la nueva formalidad sin la cual el testamento no podía ser abierto, como lo previene el artículo 1082, que también se dejó transcrito.

"En consecuencia, determinado por el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 que 'el testamento abierto o cerrado en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno', debe concluírse que el otorgado por el Presbítero Sabogal Mora y sobre el que versa esta controversia, carece de todo valor".

LA IMPUGNACION

Los personeros de la Arquidiócesis de Bogotá y de las demandadas Posada viuda de Chaves y Chaves Posada interpusieron el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, recurso que la Corte procede a decidir por hallarse debidamente sustanciado.

En dos demandas separadas y con base en las causales primera, segunda y sexta del artículo 520 del Código Judicial, los recurrentes formulan contra la sentencia los cargos que pasan a examinarse en orden lógico.

Primer cargo. Con respaldo en el sexto de los motivos de casación ambos recurrentes acusan la sentencia de haber sido proferida en juicio afectado de una nulidad que no ha sido saneada.

Para la debida inteligencia del cargo cumple recordar estos hechos:

a) Entre las asignaciones que figuran en el testamento del Presbítero Sabogal se encuentra la siguiente: "Unos lotes y solares denominados 'Las Minas', ubicados en jurisdicción del Municipio de San Francisco, Departamento de Cundinamarca, los lego para que el señor albacea de este testamento proceda a repartir su valor o lotes entre los pobres de ese vecindario".

b) Entre los demandados en esta litis aparecen los Pobres del Municipio de San Francisco, representados por el Personero de ese lugar y por el Síndico General de la Beneficencia de Cundinamarca.

c) La demanda se notificó a las personas naturales demandadas, a los representantes de las personas jurídicas allí señaladas y también al Personero de San Francisco y al Síndico de la Beneficencia.

d) El juicio siguió adelante y cuando se encontraba ya preparado para fallo de segunda instancia el Tribunal consideró que la representación de los Pobres del Municipio de San Francisco no correspondía al Personero, ni al Síndico de la Beneficencia, ni a ningún otro Agente del Ministerio Público, que esos Pobres eran personas inciertas a quienes era menester citar al proceso mediante el emplazamiento que establece el artículo 317 del Código Judicial y que, como así no se había procedido, el negocio aparecía afectado de la nulidad que consagra

el ordinal tercero del artículo 448 ibídem, nulidad que se puso en conocimiento de los dichos Pobres de San Francisco, a quienes en la misma providencia se dispuso emplazar como personas inciertas. Cumplido el emplazamiento y como ninguno de los citados se apersonó en el juicio, el Tribunal les designó un curador *ad litem*, a quien se dio posesión y se discernió el cargo. Este curador recibió la notificación del proveído en que se puso de manifiesto la nulidad mencionada y expresó en seguida que allanaba esa nulidad y ratificaba todo lo actuado hasta entonces en el juicio. El Tribunal admitió esta ratificación, dio por saneada la nulidad y más tarde profirió el fallo que viene acusado.

Sostienen a este propósito los recurrentes que la notificación de la demanda a quienes aparecen como demandados es un requisito indispensable para que surja la relación jurídico-procesal y que la omisión de ese requisito entraña por tanto la inexistencia de la relación expresada. Afirman que el emplazamiento de los Pobres de San Francisco debió llevarse a cabo al iniciarse el juicio para que en éste pudiera nacer aquella relación entre las partes, que como no se obró así tampoco se formó dicha relación y el Juez no podía proveer en el fondo. Agregan que aquí no ha existido en realidad juicio por falta de la citación o emplazamiento de uno de los demandados, que en consecuencia lo que aparece es inexistencia de litigio y no nulidad subsanable por ratificación y que por lo mismo el emplazamiento y la ratificación que se produjeron al final de la segunda instancia no tuvieron la virtud de convalidar un juicio que no ha existido. "Por consiguiente —dice uno de los impugnantes— sin la citación y comunicación de los autos para contestar, es nulo e inconfirmable todo lo que se actúe, como que primero debe existir el juicio y luego se pueden ejecutar en él actuaciones válidas y confirmables". Concluyen expresando que el Tribunal debió declarar la nulidad que encontró y puso en conocimiento, que la ratificación del curador *ad litem* no la saneó y que ella subsiste aún.

LA CORTE CONSIDERA:

En desarrollo del principio de que nadie puede ser juzgado sin antes ser oído, la ley ordena poner en conocimiento del demandado el escrito en que se le cita a juicio. Esta notificación de la demanda es un acto que se encamina a constituír la relación jurídico-procesal entre las partes y a habilitar al Juez para asumir la dirección de la litis y pronunciar en ella una decisión de fondo. Es innegable que mientras no se notifique la demanda al reo tampoco se forma regularmente entre éste y el actor la relación expresada. La omisión de ese requisito de la notificación de libelo constituye un vicio de tal entidad que los propios textos legales lo sancionan con la invalidez de la actuación posterior, precisamente porque él entraña el desconocimiento del derecho de defensa. El artículo 448 del Código Judicial dispone en efecto que es motivo de nulidad en todos los juicios "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". Esta misma sanción de la nulidad denota que el proceso afectado de aquel vicio no puede considerarse como inexistente o como un no acto, sino como una actuación que subsiste mientras no se declare su invalidez. El concepto de inexistencia no coincide ni se confunde con el de nulidad, de modo que donde la ley habla de invalidez no puede entenderse que se refiere a la inexistencia. Si el Código Judicial estatuye que la falta de citación o emplazamiento produce nulidad en el juicio, no es dable comprender que el efecto de ese vicio sea la inexistencia de hecho del proceso respectivo.

Y aún hay más: la ley regula el modo de declarar las nulidades procesales y autoriza en algunos casos la convalidación expresa o tácita de la actuación viciada. Así, verbigracia, el inciso final del artículo 450 del Código Judicial, deja ver que la nulidad por falta de citación o emplazamiento se sanea en forma implícita cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, intervienen en el juicio sin reclamar la declaración de invalidez. Y del contexto de los artículos 455 y 460 ibídem se infiere que los curadores *ad litem* de los litigantes ocultos o inciertos pueden, en cualquier momento del proceso, convalidar de manera expresa la misma nulidad mencionada. Lo cual demuestra que la suerte del juicio afectado del vicio que se anota, depende de modo exclusivo de la voluntad de la persona que no fue citada o emplazada, debiendo serlo.

En la ocurrencia presente el Tribunal encontró que los demandados bajo la expresión de los Pobres de San Francisco no habían sido citados al juicio ni emplazados en debida forma y, considerando que el negocio estaba por ello afectado de nulidad, dispuso poner ésta en conocimiento de las partes. También se decidió en la misma providencia emplazar a los demandados dichos y, como no se personaron en el pleito, se les designó un curador *ad litem*. Este cu-

rador se notificó del proveído sobre la nulidad y manifestó que la allanaba. Con lo cual estimó el sentenciador saneado el vicio que había observado.

Teniendo en cuenta la naturaleza saneable de la nulidad anotada y el hecho de que fue allanada por el representante de los únicos interesados en su declaración, la Corte no encuentra que subsista ese vicio ni que él hubiera podido ni pueda interferir el pronunciamiento de la sentencia de mérito.

Segundo cargo. Con invocación de la causal segunda de casación, la parte recurrente considera violado el artículo 471 del Código Judicial por estimar que el fallo es incongruente, por exceso y por defecto, con lo pedido en la demanda.

En desarrollo de este cargo afirman los impugnantes que en el libelo inicial de esta litis se pidió la aplicación del artículo 924 del Código Judicial por haber aparecido la cubierta del testamento con algunos sellos rotos y desprendidos y sustituída la memoria testamentaria y que no obstante esta súplica la sentencia guardó silencio sobre ella y se pronunció sobre otro punto no demandado, cual es el de que el testamento es nulo por no haberse cumplido la formalidad constitutiva del cerramiento en la forma prescrita por el artículo 1080 del Código Civil. Agrega uno de los recurrentes que "fue extremo de la sentencia un hecho que no fue extremo de la demanda, y en tal forma que sin haber postulado el efecto jurídico de la anulación del testamento por falta de formas realmente exigidas por el artículo 1080 del Código Civil y la Ley 36 de 1931, en cuanto por el Notario, testigos y testador no se hubieran conformado en sus actos a dichas disposiciones que regulan los actos a realizar al tiempo del otorgamiento de un testamento cerrado, resultó reclamando el cumplimiento de dichas prescripciones, y el efecto jurídico por omisión, o sea la nulidad, olvidando el principio de que el Juez no puede proveer por propia iniciativa, sino a instancia de las partes". Se sostiene en resumen que el fallo es omiso en cuanto no decide sobre la validez del testamento con base en el artículo 924 del Código Judicial y por razón de haber aparecido al tiempo de su publicación con roturas y desprendimiento la cubierta que lo contenía, que fue la declaración específicamente deprecada, y que en cambio la sentencia se pronuncia sobre cosa no demandada, como es que al otorgarse el testamento no se cumplió el requisito de cerrarlo y sellarlo en forma de evitar sustituciones o alteraciones fraudulentas.

SE CONSIDERA:

La demanda incoactiva de esta litis contiene seis súplicas principales, así: en las dos primeras se solicitan las declaraciones de que el testamento del Presbítero Sabogal es nulo y carece de valor porque en su otorgamiento se violó lo que constituye su esencia; la tercera petición se refiere a la carencia de valor y de mérito del mismo testamento, conforme a lo prescrito por el artículo 924 del Código Judicial, por haber aparecido rotos y desprendidos los sellos de la cubierta al tiempo de la apertura; la cuarta declaración impetrada es que son falsas las firmas del doctor Sabogal puestas tanto en la cubierta como en el testamento; en la quinta se pide que se declare nulo dicho testamento por figurar como testigo el Presbítero Gregorio Forero Nieto, último y habitual confesor del testador. La sexta súplica se refiere a la restitución de los bienes relictos.

La sentencia declara nulo y sin valor ni efecto el testamento sobredicho sobre la base de que el haber aparecido rotos los sellos y desprendida la cubierta demuestra que no se cumplió el requisito de cerrar y sellar la misma cubierta de modo que no pudiera extraerse el testamento sin romperla, como lo dispone el artículo 1080 del Código Civil. La omisión de ese requisito priva de valor al testamento, o mejor, lo vicia de invalidez, de acuerdo con lo establecido por el artículo 11 de la Ley 95 de 1890.

Tal es lo decidido en la sentencia, y bien claro aparece que ello constituye el acogimiento de una de las declaraciones impetradas en la demanda y que por tanto no hubo fallo omiso ni pronunciamiento *ultra petita*. Verdad es que la súplica acogida invoca en su respaldo lo prescrito por el artículo 924 del Código Judicial y que el fallo aplica en cambio los artículos 1080 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890, pero esta circunstancia no constituye en modo alguno la causal de inconsonancia que puede determinar la infirmación de una sentencia. Esta causal consiste en la desarmonía entre las pretensiones de la demanda o de su respuesta y lo resuelto en el fallo y no en la aplicación de preceptos distintos de los invocados por las partes ni en que la sentencia se apoye en hechos o consideraciones diversos de los señalados como *causa petendi*. La Corte tiene ya dicho que "la incongruencia de un fallo no se refiere a los hechos, sino a las pretensiones de las partes" y que dicha causal de casación no autoriza ni puede autorizar para abordar el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como

motivos determinantes de su fallo'' (Casación de agosto 30 de 1954, LXXVIII, 2145, 406. LXXVIII, 2147, 882).

Por lo visto, el cargo es infundado.

Tercer cargo. Se hace consistir en la violación indirecta de los artículos 1080 y 1082 del Código Civil, 11 de la Ley 95 de 1890 y 924 del Código Judicial, los tres primeros por aplicación indebida y el último por falta de aplicación, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Para sustentar este cargo se exponen varias consideraciones que pueden sintetizarse así:

a) En la demanda se postuló como causa de anulación del testamento el hecho de no haber sido presentado cerrado y sellado; la sentencia rechaza este argumento, diciendo que lo fundamental es que en el acto del otorgamiento se cierre y selle de manera que la escritura testamentaria no pueda ser sustraída sin romper la cubierta. No obstante esta conclusión, el fallo, al considerar el otro motivo de anulación, consistente en haber aparecido rotos los sellos y desprendida la cubierta, admitió que ello procedía de no haberse cumplido el requisito de cerrar esa cubierta en forma que no fuere posible sustraer el testamento sin romperla. Esta aseveración equivale a variar el fundamento de la nulidad alegada y entraña el quebranto de los artículos 593 y 471 del Código Judicial, que señalan los límites de la actuación del juzgador.

b) Por razón del cambio expresado se violó también, por falta de aplicación, el artículo 924 del Código Judicial al omitir el pronunciamiento relativo a la validez de la memoria testamentaria del Presbítero Sabogal y se quebrantaron, por aplicación indebida, los artículos 1080 y 1082 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890.

c) Sobre la base de que no se conocía el estado de la cubierta y de que ésta apareció desprendida y rotos los sellos al momento de la apertura y publicación del testamento, se admite en el fallo que esto se debió a no haberse cumplido la formalidad de cerrar y sellar dicho sobre en forma que no pudiera ser abierto. De esta manera se da por establecido un hecho inexistente y se sustenta el fallo en él, desde luego que la escritura número 1255, de 24 de noviembre de 1932, y los testimonios del doctor Riveros y del Notario Carrera acreditan que la cubierta sí fue inicialmente cerrada y sellada y que se la halló en el mismo estado en que se la suscribió. Este error de hecho condujo al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 1080 y 1082 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890 al decretar la nulidad del testamento con respaldo en un hecho que no aparece comprobado. ''Existe error de hecho —afirma uno de los recurrentes— porque se da por probado el hecho de mal cerramiento sin tener en cuenta lo que dice el acta mencionada y el instrumento público número 1255 de 24 de noviembre de 1932, de la Notaría 5ª de Bogotá, y los cuales tienen pleno valor según el mismo artículo 1080 del Código Civil y los artículos 1759 del Código Civil y 593, 597, 632, 697 y 660 del Código Judicial. Naturalmente por ese camino tenía que aplicarse indebidamente el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 sobre invalidez como lo hizo la sentencia, e interpretarse y aplicarse indebidamente los citados artículos 1080 y 1082 del Código Civil, y dejando de aplicar el artículo 924 del Código Judicial, que era disposición especial adecuada al caso, y con lo cual se hubiera dictado una sentencia diferente, o sea absolutoria de la parte demandada''.

d) Ninguna relación existe entre el hecho de haber aparecido rota la cubierta y desprendidos los sellos con la conclusión de que ello obedeció a mal cerramiento de esa cubierta por haberse hecho uso de un pegante inadecuado. Como esta conclusión aparece contradicha por la escritura número 1255 de 1932 y por las declaraciones del doctor Riveros y del Notario Carrera, ella no pasa de ser una sugerencia o hipótesis probable, ya que los peritos apenas si la formulan como una simple probabilidad en atención al estado en que se halló el sobre que contenía el testamento. De consiguiente la sentencia incurre en error manifiesto de hecho en cuanto tiene por demostrado lo que los peritos no dicen y las otras pruebas infirman, o sea, que el testamento no fue cerrado y sellado al instante de su otorgamiento. La sentencia olvida la escritura número 1255 y los testimonios de los doctores Riveros y Carrera, que acreditan que el testamento sí se cerró y se encontró en la misma situación de su otorgamiento, para dar por establecido el hecho contrario y dejar sin valor el referido acto testamentario. ''El error de hecho es manifiesto —dice el mismo recurrente citado— en cuanto se lee como conclusión definitiva que por haber usado goma determinada, la rotura de que habla la diligencia de publicación del testamento tiene como causa dicho hecho específico, sobre el cual no existe ninguna prueba distinta de la simple posibilidad de que así hubiera podido ocurrir. Igualmente es manifiesto el error cuando de la suposición de poder cambiarse el testamento, se da como evidente se ce-

rró (sic) de tal manera que podía ser posible el cambio o sustitución''.

Este error condujo al sentenciador a aplicar en forma indebida los artículos 1080 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890 a una hipótesis no demostrada y a dejar de aplicar el artículo 924 del Código Judicial, ''ya que no le dio el significado correspondiente al hecho de que nada se probó contra la autenticidad del testamento e identidad, que era lo invocado para resolver la validez del acto testamentario''.

LA CORTE CONSIDERA:

En el caso de este juicio el testamento del Presbítero Sabogal Mora apareció, al tiempo de su apertura, con los sellos de lacre rotos y desprendida la cubierta que lo contenía. Así lo verificó el Juez del conocimiento y así lo hizo constar. En la sentencia impugnada se acoge este hecho y se lo considera como la demostración de que ese testamento no fue cerrado y sellado como lo prescribe la ley, o mejor, de que su otorgamiento no se ajustó a las formalidades legales. Teniendo por base esta inferencia el fallo declara nula dicha carta testamentaria con aplicación de lo dispuesto por los artículos 1080 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890.

Los recurrentes sostienen que la aserción de que el testamento no se extendió con las formalidades mencionadas constituye un error manifiesto de hecho, porque hay pruebas que demuestran lo contrario, o sea que el otorgamiento sí se realizó con todos los requisitos exigidos por la ley. Es evidente que las actas de recepción del pliego testamentario, constituídas por la escritura número 1255, de 24 de noviembre de 1932, y por la leyenda que el Notario asentó en la cubierta acreditan que el testamento se otorgó con las solemnidades que son de rigor. Sobre esto no cabe ninguna duda, y hay que admitir de consiguiente que en realidad la sentencia incurre en el error de hecho de tener por no cumplidas las formalidades iniciales. Esta inferencia del sentenciador carece de respaldo probatorio y en cambio aparece desvirtuada por las expresadas actas de recepción del testamento y por las declaraciones del testigo Riveros y del Notario Carrera.

Y no sólo esto, sino que el error anotado condujo al mismo fallador a aplicarle a la escritura testamentaria del Presbítero Sabogal la sanción de la nulidad absoluta que el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 consagra para el caso de inobservancia de las formalidades constitutivas de un testamento. Como aquí no ocurrió este caso, según lo que viene expuesto, también resulta evidente que se aplicó aquella sanción en forma indebida y que por lo mismo se cometió una violación del precepto sustancial mencionado. Vale esto decir que es fundado el cargo que se examina y que en consecuencia procede la infirmación del fallo que se acusa para el efecto de sustituírlo por el que corresponde dictar en instancia.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Testamento cerrado es aquel que por el querer de su otorgante y del modo previsto por la ley se halla destinado a permanecer secreto mientras no sobrevenga la muerte del testador y no sea abierto por el funcionario autorizado para ello. La esencia de este testamento, según el artículo 1080 del Código Civil, consiste en el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada y les declara de manera inteligible que esa escritura contiene su memoria testamentaria. Así lo dispone la ley, pero no debe olvidarse que la reserva o secreto del testador en dar a conocer las disposiciones de su postrera voluntad constituye también un aspecto sustancial de esta clase de testamento, y ello aunque, como lo anotan algunos expositores, en esta época de escepticismo la gente se sonría de estas fórmulas misteriosas de que se reviste un testamento cuyas cláusulas a menudo todo el mundo conoce o pretende conocer (Planiol, Ripert y Trasbot, ''Traité pratique''. t. V., Nº 574).

Precisamente en guarda de esta reserva la ley somete a solemnidades especiales así el otorgamiento del acto testamentario secreto como también su apertura y publicación. Extendido con las formalidades correspondientes, queda el testamento amparado por una presunción de autenticidad y validez que le asegura la posibilidad de ser normalmente abierto, publicado y ejecutado cuando conserva la forma original como se lo otorgó. La presunción aludida descansa tanto en la observancia de los requisitos iniciales como en la conservación del estado de cerramiento de la cubierta hasta cuando se produzca la apertura regular del testamento por el funcionario competente. Si el cerramiento desaparece en forma distinta de la prevista por la ley, se destruye, por lo mismo aquella presunción y el testamento pierde su mérito. No basta, pues, que las formalidades del testamento cerrado se cumplan todas al momento de otorgar-

lo, sino que es también indispensable que se mantenga intacto el estado de cerramiento de la cubierta hasta cuando el juez competente proceda a abrirla. Dicho cerramiento constituye la garantía de la autenticidad del pliego testamentario, hasta el punto de que si él no se conserva y se ofrece por ello la posibilidad de que el testamento sea sustraído o sufra alteraciones o cambios, queda éste desprovisto de esa garantía y no puede recibir ejecución. Y ello sin contar con que la destrucción deliberada del mismo cerramiento por obra del propio testador, tiene el alcance de una revocación del testamento.

Con todo, como la alteración del cerramiento puede obedecer a causas diversas, incluso de carácter fortuito, y como no siempre que ella ocurre se produce también la sustracción o cambio del testamento, la ley permite que este acto recupere su mérito mediante fallo que lo declare válido, previa la comprobación de su autenticidad y de su identidad. Así lo dispone el artículo 924 del Código Judicial, que es norma de orden sustancial.

Atrás quedaron transcritas la constancia que el juez dejó en la cubierta del testamento del Presbítero Sabogal Mora al practicar la diligencia de apertura y la parte pertinente del acta respectiva, en que se expresa que dicha cubierta apareció con ocho sellos de lacre rotos. En el curso de esta litis se practicaron dos inspecciones oculares con peritos sobre la misma cubierta, una en la primera instancia y otra en segundo grado. En la primera inspección intervinieron como peritos los doctores Miguel Aguilera y Jesús Antonio Uribe Prada. Sobre el estado de la cubierta dijo el perito, doctor Aguilera, que, "reconstruído el pliegue múltiple de las hojas que contienen el testamento, y referida su disposición a la forma de confeccionar el sobre que debía guardarlas, se nota que aun desprendiendo los sellos de uno de los costados, sería posible sacar de la cubierta los pliegos dichos. Esto es tanto más evidente cuanto ninguno de los sellos alcanzó a comprometer o adherir el pliego superior al mismo sobre. Acaso se requería una pequeña destreza manual para lograr el efecto conjeturado".

El perito Uribe Prada manifiesta sobre el mismo punto que, "vistos los quiebres o dobleces que presenta el sobre protocolizado con la escritura pública citada en la primera conclusión y las huellas de nueve (9) sellos de lacre, conceptuó que abriéndose los sellos laterales se puede sacar de ese sobre el pliego que como testamento cerrado en él se decía contener; pero muy esforzadamente y de ningún modo con la facilidad que supone el perito Aguilera".

En la segunda inspección ocular participaron como expertos los doctores José Vicente Ascuénaga y Euclides Londoño, quienes se expresaron así sobre el estado de la cubierta: "Para nosotros es evidente que no sólo habría sido posible, sino que no hubiera sido difícil extraer del sobre el documento en él contenido y colocar otro en su lugar. Las razones que tenemos para pensar así son precisamente las mismas que anteriormente expuso en su concepto el perito doctor Miguel Aguilera".

Los anteriores elementos de juicio demuestran estos dos hechos: primero, que en el acto de ser abierto el testamento del Presbítero Sabogal aparecieron rotos los sellos de lacre que aseguraban el cerramiento de la cubierta y desprendida ésta; segundo, que ese estado de la misma cubierta permitía la extracción de la escritura testamentaria. Estos dos hechos son incompatibles con el cerramiento de la cubierta que se hizo en el momento de otorgar la memoria testamentaria e implican que ese cerramiento no se conservó intacto, sino que fue alterado en la forma dicha, dando con ello lugar a que el propio testamento quedara privado de su presunción de autenticidad.

Estas consideraciones permiten concluír que el testamento del Presbítero Daniel Sabogal Mora no presta por lo pronto mérito a causa de la alteración que sufrió el cerramiento de la cubierta que lo contenía y que por la misma razón no puede ser ejecutado mientras no se declare su validez en la forma prescrita por el artículo 924 del Código Judicial.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de Wenceslao Sabogal y otros contra la señora Barbarita Posada viuda de Chaves y otros, y en su lugar

RESUELVE:

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia de veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, pronunciada en este mismo negocio por el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. Declárase que no presta mérito el testamento cerrado que el Presbítero Daniel Sabogal Mora otorgó el veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y dos mediante la escritura número 1255, extendida en la misma fecha ante el Notario Quinto de Bogotá, mientras no se declare su validez en juicio ordinario con audiencia de los herederos abintestato.

Tercero. No hay lugar a hacer las demás declaraciones impetradas en la demanda incoactiva de esta litis.

Cuarto. Sin costas en ninguna de las instancias ni en el recurso extraordinario.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL

En el juicio de separación total de bienes se pueden proponer excepciones, pero no en la liquidación que es consecuencia de aquél. Condiciones que debe reunir toda demanda de casación. Excepción de cosa juzgada. No hay ninguna norma procesal que prive de competencia al Juez para conocer de un negocio al cual se le pueda oponer tal medio defensivo. Error de hecho y de derecho. Violación indirecta de la ley. En casación no se pueden formular nuevas objeciones a la partición.

1. El carácter extraordinario que tiene el recurso de casación impone que la demanda se presente con todas las formalidades prescritas en la ley, pues, como es sabido, la Corte, a diferencia del fallador de instancia, no puede entrar a considerar oficiosamente las infracciones en que el Juez de segunda instancia haya incurrido en la sentencia acusada, sino cuando los motivos de casación han sido invocados debidamente. Así el artículo 531 del Código Judicial dispone que la demanda de casación debe expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo y precisar los fundamentos de ella. Esto porque cada una de las siete causales, por las cuales procede el recurso de casación, tiene su estructura y sus razones de ser propias. La invocación de la causal correspondiente a cada cargo se satisface, como lo tiene dicho la Corte, ya citando concretamente alguna de las consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, o exponiendo la tacha en forma tal, que de los hechos que la constituyen y fundamentos que la sustentan aparezca claramente de cuál se trata.

2. No hay norma procesal ninguna que prive de competencia al juez para conocer de un negocio al cual se le pueda oponer la excepción de cosa juzgada, pues ésta constituye una excepción perentoria, ya que el artículo 342 del Código Judicial, al permitir que tal medio de defensa pueda alegarse en cualquiera de las instancias hasta la citación para sentencia, añade: "Con todo las excepciones de cosa juzgada y de transacción pueden proponerse también como dilatorias y decidirse antes de la contestación de la demanda". Lo que significa que, si en el juicio no cabe la tramitación de excepción dilatoria como ocurre en el de separación de bienes, la litis debe seguirse hasta sentencia definitiva.

3. La oportunidad que tuvo el recurrente para alegar la excepción de cosa juzgada fue la del juicio de separación total de bienes, que es contencioso, y en el cual la hizo valer, a punto que tanto el Juzgado como el Tribunal declararon expresamente que no estaba probada.

No cabe por tanto renovar esta cuestión dentro de las diligencias o juicio de liquidación de la sociedad conyugal, que es un efecto o consecuencia de aquél, que no es contecioso sino de jurisdicción voluntaria, en el cual la ley concede el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición pero dentro de las causales que toquen con la liquidación y distribución de los bienes, no con las atinentes a la sentencia del juicio de separación de bienes, cuando éste ha sido un precedente necesario para afectar la segunda. El juicio especial de separación de bienes fue fallado por sentencia que se halla ejecutoriada, la cual por esta razón escapa a la casación, y contra ella no consagra este medio extraordinario de impugnación el artículo 519 del Código Judicial.

4. La técnica del recurso exige que en la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, el recurrente señale concretamente el medio o los medios mal apreciados y que demuestre la existencia del yerro alegado (art. 520 del C. J.).

5. Es doctrina muy conocida que, siendo indirecta la violación que se comete con el error de hecho, el cargo a nada conduce si el recurrente no cita los textos legales sustantivos que hayan sido violados como consecuencia de tal error.

6. Repetidas veces ha dicho la Corte que no pueden presentarse nuevas objeciones a la partición dentro del recurso de casación concedido contra la sentencia aprobatoria de ella, ya que, no habiendo sido formuladas en la oportunidad procesal, no pudieron ser consideradas por los jueces de instancia, y por lo mismo escapan al control de la casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Arturo C. Posada).

Ana Tulia Castañeda de Pardo demandó a su esposo Demetrio Pardo en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, para que, por los trámites indicados en el Título XX del Libro 2º del Código Judicial, se declarara en sentencia definitiva la separación total de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal ilíquida, formada por el matrimonio de la actora y el demandado.

En sentencia de veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, el Juzgado despachó favorablemente las peticiones de la demandante declarando no probada la excepción de cosa juzgada, decretando la separación total de los bienes y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal formada por los cónyuges Pardo A. y Castañeda de Pardo. Dispuso que, una vez ejecutoriada y registrado este fallo, se procediera "como se indica para la liquidación de una sociedad conyugal por causa de muerte de uno de los cónyuges".

El Tribunal, en alzada del demandado, confirmó lo resuelto por el juzgado con la adición de que "ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción de sus facultades".

A instancia de la misma actora, se adelantaron las diligencias de liquidación de los bienes sociales, en las cuales el partidor nombrado por el Juzgado presentó su trabajo basado en los bienes inventariados en el activo por un valor de $ 279.900.00, y el pasivo por $ 43.400.00. Distribuyó todo el acervo líquido social de $ 236.000.00 por mitad entre los dos cúnyuges, así:

Para Demetrio Pardo Ardila..$	118.250.00
Para Ana Tulia Castañeda de Pardo	118.250.00

Pero como aquél debía las costas procesales que ascendieron a la suma de $ 2.426.50, el partidor descontó esta suma de los gananciales del cónyuge demandado, y la agregó a los de la demandante, por lo cual correspondieron por gananciales:

A Pardo ... ...$	115.787.50
A Castañeda de Pardo	120.712.50
Y para cubrir el pasivo de la sociedad	43.400.00

Para el pago de estas sumas formó tres hijuelas a saber:

I. Hijuela de deúdas y gastos de la sociedad:

Para pagarla le adjudicó a la cónyuge Castañeda de Pardo:

1º Un derecho por valor de $ 40.000 sobre un avalúo de ciento veintiséis mil pesos ($ 126.000.00) en la finca rural denominada Villa Trébol, situada en Fusagasugá	40.000.00
2º Un derecho por $ 3.400.00 en un crédito a cargo de Luis Eduardo Muñoz Bello y a favor de Demetrio Pardo por $ 30.000.00	3.400.00
II. Hijuela de Demetrio Pardo por sus gananciales liquidados en	115.787.50

Para abonarle esta suma, se le adjudicaron los siguientes bienes:

1º Un derecho por valor de sesenta y seis mil pesos ($ 66.000.00) con relación a un avalúo de $ 126.000.00 dado a la finca Villa Trébol	66.000.00
2º Un crédito a cargo de Demetrio Pardo Ardila, a favor de la sociedad conyugal a título de compensación por haber recibido de Moruch B. Drezner un valor de $ 15.000.00, después de haber sido notificado el embargo	15.000.00
3º Un crédito hipotecario a favor del cónyuge Pardo y a cargo de Luis María Cruz Riveros	10.000.00

4º Un crédito hipotecario a favor del mismo y a cargo de Carlos Julio Díaz Guerrero	12.000.00
5º Un derecho por valor de $ 12.787.50 a favor del cónyuge adjudicatario y a cargo de Luis Eduardo Muñoz	12.787.50
Suma ... ...$	115.787.50

III. Hijuela de Ana Tulia Castañeda de Pardo, que asciende a la suma de $ 120.712.50 valor de sus gananciales.

Para cubrírsela se le adjudicaron los siguientes bienes:

1º La casa con el solar en que está edificada, situada en Madrid	15.000.00
2º La casa con el terreno que ocupa, sita en la calle 6ª de Bogotá	31.000.00
3º Un derecho en "común y proindiviso" por $ 20.000.00 con relación a un avalúo de $ 126.000.00 en la finca rural Villa Trébol situada en Fusagasugá	20.000.00
4º Un crédito hipotecario a cargo hoy de Carlos Julio Bernal ..	25.000.00
5º Un crédito hipotecario a cargo de Carmen Elisa Bello v. de Muñoz	15.900.00
6º Un crédito por valor de $ 30.000.00 a cargo de Luis Eduardo Muñoz Bello, se le adjudica la suma de $ 13.812.50....	13.812.50
Suma ... ...$	120.712.50

El apoderado de Pardo presentó a esta partición nueve objeciones del siguiente tenor:

1ª El partidor no formó la hijuela de bienes para pagar las deudas que afectan el patrimonio social con violación de los artículos 1393 y 1394 del Código Civil.

2ª El partidor se fijó por honorarios de su trabajo la suma de dos mil pesos.

3ª Sin autorización legal, le descuenta del patrimonio de Demetrio Pardo la suma de dos mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 2.462.50) por concepto de costas a favor de la cónyuge Castañeda de Pardo, "sin tener en cuenta que este crédito no está relacionado en inventario".

4ª El pasivo de la sociedad conyugal no es el que el señor partidor determina en su trabajo de partición, sino otro superior.

5ª "El trabajo de partición adolece de error aritmético".

6ª El trabajo de partición ordena que la demandante Castañeda de Pardo pague unas deudas de la sociedad conyugal y proceda a entregarle a ella valores o derechos que, en vez de serlo, deben subastarse para atender con su producto a lo que la sociedad disuelta adeude".

7ª El partidor violó el artículo 1394 del Código Civil en cuanto adjudica a los litigantes derechos en bienes que no admiten cómoda división, cuando ha debido obtener que se remataran para poner fin a la comunidad, que es objeto del pleito.

8ª Las adjudicaciones a la demandante y al demandado no guardan equidad, ya que a la demandante se le adjudicaron derechos por la suma de ciento seis mil pesos ($ 106.000.00) sobre bienes raíces, en tanto que a Pardo solo se le asignó un derecho de la misma especie por valor de sesenta y seis mil pesos ($ 66.000.00). Y en cuanto a créditos, a Pardo se le adjudican los extinguidos o de los cuales la sociedad conyugal no era dueña, al paso que a la demandante "se le adjudican acreencias que en parte pueden hacerse efectivas con todo lo cual no se ha guardado equidad, todo en perjuicio de la parte demandada".

9ª El trabajo no tuvo en cuenta las constancias del expediente, "pues no leyó siquiera que los créditos por él relacionados en la partición no pertenecen a la sociedad disuelta sino a terceros. Esto se puede acreditar fácilmente leyendo las copias y certificaciones que en el pleito obran".

En el fallo sobre objeciones, que lleva fecha diez y ocho de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, se declaró probada solamente la tercera, en razón de que las costas a cuyo pago fue condenado el demandado, no es deuda social sino personal de él y a favor de la demandante, y dispuso que el partidor rehiciera el trabajo "restándole a la hijuela de la demandante la suma de dos mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 2.462.50) moneda corriente para ser cargada a la hijuela del demandado".

El Tribunal decidió la apelación en que acudió el demandado en providencia de veintiuno

de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, por la cual reformó el auto apelado declarando probadas las objeciones tercera y novena, y dispuso rehacer la partición "prescindiendo de deducir la cantidad de dos mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 2.462.50) por concepto de las costas aludidas en la parte motiva y distribuyendo el crédito inventariado en la partida sexta entre los cónyuges por iguales partes".

La motivación de este proveído respecto de la tercera objeción estriba en que las costas judiciales a favor de uno de los litigantes no son bienes sociales, y por eso no aparecen relacionados con el inventario; y con relación a la novena, en que la situación jurídica del crédito hipotecario de que trata la partida sexta del inventario, a cargo de Carlos J. Bernal y a favor de Ulpiano Tascón Quintero, cedido a Demetrio Pardo Ardila, no es igual a la de los restantes, debido a que la cesión se hizo antes del embargo, pero como se inventarió a favor de la sociedad, y no se hizo ninguna objeción, "debe distribuírse por igual entre los cónyuges, para que ambos corran los riesgos consiguientes".

El nuevo trabajo de partición, acatando, lo resuelto por el Tribunal en el auto de objeciones, dividió los bienes sociales de modo que los gananciales de cada cónyuge alcanzaron un valor de $ 118.250.00.

En la formación de las cartillas, se adjudicaron a cada cónyuge los mismos bienes determinados en el trabajo anterior, excepto el crédito a cargo de Carlos Julio Bernal Contreras, que se asignó a ambos por mitad, y el crédito a cargo de Luis Eduardo Muñoz Bello, del cual para pagar gananciales se señaló a Pardo la cantidad de $ 2.750.00 y a Castañeda de Pardo la suma de $ 23.850.00.

El Juzgado en sentencia de diez y ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, aprobó el nuevo trabajo de partición. Y el Tribunal al decidir la apelación que propuso el apoderado del demandado, la confirmó mediante fallo de cinco de febrero de mil novecientos sesenta.

Contra esta decisión del Tribunal, el demandado interpuso recurso extraordinario de casación, que se entra a decidir.

La demanda le formula seis cargos a la sentencia del Tribunal: el primero porque el juicio es absolutamente nulo de nulidad constitucional; el segundo por violación del artículo 26 de la Constitución; el tercero, el cuarto y el quinto por errores de hecho y el sexto por violación directa. Todos se estudian en el orden en que están propuestos, pero en forma conjunta el segundo y el tercero por estar íntimamente unidos.

PRIMER CARGO

Se sintetiza así:

Al notificarse Demetrio Pardo de la demanda sobre separación total de bienes, además de oponerse a ella y negar los hechos, alegó la excepción de cosa juzgada. A los folios 40 a 51 del cuaderno 1º aparecen copias de la sentencia del Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, fechada el nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual negó la liquidación provisional de la sociedad conyugal demandada por Ana Tulia Castañeda de Pardo contra Demetrio Pardo, de la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de catorce de abril del mismo año, por virtud de la cual revoca la del Juzgado, y, en su lugar, decreta la liquidación provisional, ordena llevar a efecto la liquidación de conformidad con las normas legales, y del fallo, proferido por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá el dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en que negó la separación de bienes en el juicio seguido por Castañeda de Pardo contra Demetrio Pardo, con fundamento en haber abandonado éste sus deberes de esposo. Como consecuencia del "juicio de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal" se practicó el inventario y avalúo de los pertenecientes a la sociedad conyugal. Estas pruebas acreditan que en el juicio seguido en el Juzgado 6º del Circuito se extinguió la acción de separación de bienes que podía iniciar Ana Tulia Castañeda contra Demetrio Pardo.

Como el presente litigio se adelantó dentro de las mismas normas que gobernaron el seguido en el Juzgado 6º "es lógico sostener que este último juicio en el que estoy actuando es absolutamente nulo de nulidad constitucional porque se trata de una decisión posterior pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Esta nulidad debía decretarse oficiosamente y como no se hizo, se violentó con este procedimiento las normas que ya cité", el Título 21, Libro 4º del Código Civil, el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, "lo mismo que el artículo 40 de la ley que ya cité", los artículos 17 y 26 del Código Civil, el Capítulo 3º del Título 90 del Libro 1º del Código Civil y el artículo 203 ibídem, porque desde la fecha de la sentencia del Juzgado 6º Civil del Circuito, Ana Tulia

Castañeda de Pardo no tenía derecho a los gananciales provenientes de la administración del marido, cuya participación ha buscado ella en este nuevo pleito, que tiene "las mismas finalidades y entre las mismas personas de las que enunció el fallo del Juzgado 6º Civil del Circuito".

SE CONSIDERA:

El carácter extraordinario que tiene el recurso de casación impone que la demanda se presente con todas las formalidades prescritas en la ley, pues, como es sabido, la Corte, a diferencia del fallador de instancia, no puede entrar a considerar oficiosamente las infracciones en que el Juez de segunda instancia haya incurrido en la sentencia acusada, sino cuando los motivos de casación han sido invocados debidamente. Así el artículo 531 del Código Judicial dispone que la demanda de casación debe expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo y precisar los fundamentos de ella. Esto porque cada una de las siete causales, por las cuales, procede el recurso de casación, tiene su estructura y sus razones de ser propias. La invocación de la causal correspondiente a cada cargo se satisface, como lo tiene dicho la Corte, ya citando concretamente alguna de las consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, o exponiendo la tacha en forma tal, que de los hechos que la constituyen y fundamentos que la sustentan aparezca claramente de cuál se trata.

En el caso contemplado, el recurrente no señala expresamente la causal por la cual hace la impugnación, apenas habla de una nulidad constitucional que ha de declararse oficiosamente, pero no cita tampoco la norma de la Carta por cuya transgresión se haya incurrido en la nulidad. Por la alusión a las sentencias del Juzgado 6º Civil del Circuito y del Tribunal Superior, y por las normas del Código Civil que cita, parece que la nulidad la hace consistir en que, por haberse decretado antes la liquidación provisional de la sociedad conyugal existente entre las partes, el Juzgado no tenía jurisdicción para conocer del juicio de separación de bienes en que se funda la liquidación, que ha dado ocasión a la partición de bienes, aprobada después del incidente de objeciones propuestas por el demandado. Tomado el cargo por este aspecto y habida cuenta de que el artículo 520 del Código Judicial establece en su ordinal 6º como motivo de casación haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, resulta que no hay norma procesal ninguna que prive de competencia al Juez para conocer de un negocio al cual se le pueda oponer la excepción de cosa juzgada, pues esta constituye una excepción perentoria, ya que el artículo 342 del Código Judicial, al permitir que tal medio de defensa pueda alegarse en cualquiera de las instancias hasta la citación para sentencia, añade: "Con todo las excepciones de cosa juzgada y de transacción pueden proponerse también como dilatorias y decidirse antes de la contestación de la demanda". Lo que significa que, si en el juicio no cabe la tramitación de excepción dilatoria como ocurre en el de separación de bienes, la litis debe seguirse hasta dictar sentencia definitiva.

De otra parte, el fallo que decretó la separación total de bienes y consiguiente liquidación de la sociedad conyugal, declaró no probada la excepción invocada por el mismo recurrente, lo cual significa que le precluyó la oportunidad para alegar este hecho, pues la sentencia sometida a casación es la aprobatoria de la partición, no la que decidió sobre la separación de bienes.

La acusación es ineficaz.

CARGOS SEGUNDO Y TERCERO

Los expone en estos términos:

"Segundo cargo. Según lo que se acaba de expresar en el cargo que precede, se adelantó este juicio de separación de bienes y de liquidación de la sociedad conyugal entre Ana Tulia Castañeda de Pardo y Demetrio Pardo, sin las normas propias para el juicio. Esto porque como quedó dicho existía otra sentencia del Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá entre las mismas partes y por la misma referencia legal, lo que quiere decir que como esta nueva actuación no fue detenida por la primera, entonces este último juicio viola la norma constitucional que indica el artículo 26 de la Carta porque no hubo juicio ajustándolo (sic) a las normas legales propias con plenitud de mandatos".

"Tercer cargo. Como hubo de parte del Juez 2º Civil del Circuito, del honorable Tribunal, omisión para estudiar las copias de la sentencia del Juez 6º Civil del Circuito, y las dejó de considerar dando eso lugar al pronunciamiento de una nueva sentencia, entonces se patentizó el error de hecho al dejar de considerar esa prueba, y por sobre todo se dejó de declarar la nulidad constitucional que afectaba esta última actuación porque se dejó de lado la autoridad de

la cosa juzgada de que habla el Código Judicial norma sustantiva, artículo 474''.

SE CONSIDERA:

La forma en que presenta los dós cargos, permite aceptar que el primero lo hace por violación directa del artículo 26 de la Constitución, y el segundo por infracción indirecta del artículo 474 del Código Judicial a causa del error de hecho de no haber tenido en cuenta la sentencia del Juzgado 6º Civil del Circuito.

Ocurre, como ya se dijo, que la oportunidad que tuvo el recurrente para alegar la excepción de cosa juzgada fue la del juicio de separación total de bienes, que es contencioso, y en el cual la hizo valer, a punto que tanto el Juzgado como el Tribunal declararon expresamente que no estaba probada.

No cabe por tanto renovar esta cuestión dentro de las diligencias o juicio de liquidación de la sociedad conyugal, que es un efecto o consecuencia de aquél, que no es contencioso sino de jurisdicción voluntaria, en el cual la ley concede el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición pero dentro de las causales que toquen con la liquidación y distribución de los bienes, no con las atinentes a la sentencia del juicio de separación de bienes, cuando este ha sido un precedente necesario para afectar la segunda. El juicio especial de separación de bienes fue fallado por sentencia que se halla ejecutoriada, la cual por esta razón escapa a la casación, y contra ella no consagra este medio extraordinario de impugnación el artículo 519 del Código Judicial.

Los cargos deben rechazarse por inconducentes.

CUARTO CARGO

Se puede resumir así:

La sentencia acusada cometió error de hecho al dejar de considerar la prueba existente en autos de que el crédito cobrado a Susana Medina v. de Guerrero no es de Demetrio Pardo sino de Víctor M. Pardo, ''la prueba de este hecho aparece en el cuaderno número 4 que contiene la exclusión que para pedirla se fundó por el doctor Alfonso Soto Martínez en documentos oficiales y con todo se le adjudicó a Demetrio Pardo el crédito que era y es de Víctor M. Pardo ante su protesta reiterada con lo cual se violentó el mandato del Código Civil, artículo 1397 en armonía con el 1387 porque se le adjudicó a Demetrio Pardo un bien sobre el cual la sociedad conyugal nada tenía que hacer''.

Hace la consideración, no atinente al cargo, de que si existía controversia entre los que reclamaban los créditos de Susana Medina v. de Guerrero y Elisa v. de Muñoz, ''lo prudente habría sido, de conformidad con el artículo 1650 del Código Civil suspender la adjudicación mientras por la justicia se resolvía sobre la propiedad de lo disputado''. Vuelve sobre el error de hecho consistente en haberle adjudicado a Demetrio Pardo el crédito que le estaba discutiendo Víctor M. Pardo por no haber apreciado la prueba presentada por Alfonso Soto Martínez a nombre de Víctor Pardo para concluír que ''por ese solo aspecto se violó el artículo 1388 del Código Civil porque se hizo entrar en la masa partible los créditos reclamados por don Víctor Pardo y además se hizo entrar en esa masa partible bienes que no eran de la sociedad conyugal Pardo-Castañeda''.

SE CONSIDERA:

La técnica del recurso exige que en la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, el recurrente señale concretamente el medio o los medios mal apreciados y que demuestre la existencia del yerro alegado (art. 520 del C. J.). Aquí el demandante se limita a decir que la prueba sobre que el crédito en referencia no pertenecía a Demetrio Pardo, se halla en el cuaderno número 4 pero no especifica cuál es. Tampoco demuestra la existencia del error, que no existe, como ya se verá adelante. Estas deficiencias en fundar el recurso serían suficientes para rechazar el cargo,

Pero se advierte que en el cuaderno número 4 no obra la prueba de que el crédito cobrado a Susana Medina v. de Guerrero sea de propiedad de Víctor Pardo. Hay en dicho cuaderno una actuación de su apoderado tendiente a que se practique un inventario adicional y se excluya el crédito a cargo de Susana Medina v. de Guerrero, gestión que le fue negada por no ser parte, y no haber acreditado que en realidad aquél sea el titular de la acreencia. Apenas adujo un certificado de que en el Juzgado 8º Civil del Circuito, Víctor Pardo adelanta un juicio de venta contra la Medina viuda de Guerrero, certificado que por tratarse de hechos establecidos en el expediente a que se refiere, no es el medio legal de acreditarlos, al tenor del artículo 632 del Código Judicial y según repetida jurisprudencia de la Corte. Por manera que no existien-

do la prueba en que se basa el cargo, no podía apreciarla el fallador ni incurrir en el error que se le imputa.

QUINTO CARGO

En la partición se le adjudicó en bienes raíces a la demandante la suma de ciento seis mil pesos, en tanto que al demandado sólo la suma de sesenta y seis mil pesos en la misma clase de bienes. A éste se le asignaron "los créditos que no eran de la sociedad conyugal sino de un tercero ajeno a ella en tanto que a la señora demandante le adjudicó los créditos no disputados". Por este aspecto, el trabajo del partidor "está afectado por error de hecho" por cuanto no se tomaron en cuenta las pruebas existentes en el juicio visibles al cuaderno 7 con las cuales se demostró que Demetrio Pardo no era dueño del crédito que Víctor Pardo le cobra en el Juzgado Octavo Civil de este Circuito a Susana Medina v. de Guerrero, ni del crédito de Carlos Bernal; que Demetrio Pardo no era deudor de Boruch Drezner; que Demetrio Pardo no era acreedor de María Cruz Riveros. Bajo este punto la partición adolece de error que se debe enmendar".

SE CONSIDERA:

Además de anotarle las mismas deficiencias de no señalar ni analizar las pruebas a que alude en forma general, ni de demostrar los errores, la acusación tiene la falla fundamental de no citar la norma o normas sustantivas que el sentenciador haya infringido de modo indirecto. Es doctrina muy conocida que, siendo indirecta la violación que se comete con el error de hecho, el cargo a nada conduce si el recurrente no cita los textos legales sustantivos que haya violado como consecuencia de tal error.

Sexto cargo (quinto según la demanda).

El partidor en la distribución de los bienes no guardó igualdad ni equidad con lo cual violó el artículo 1394, numerales 7º, 8º y 9º del Código Civil. En efecto a Castañeda de Pardo le adjudicaron los inmuebles, al paso que a Pardo se le adjudicaron los créditos, que están sometidos a pérdidas, a que queden insolutos, a que los bienes que los garantizan desaparezcan; contingencias que no corre la adjudicataria de los bienes raíces. Por este aspecto hay verdadera falta de equidad que afecta la partición de ser violatoria de la norma citada.

SE CONSIDERA:

El cargo toca con la octava objeción pero no en los términos en que fue presentada, porque en ella se impugna el trabajo de partición a causa de que a la demandante se le adjudicaron derechos sobre inmuebles por la suma de ciento seis mil pesos ($ 106.000.00) y los créditos que en parte pueden hacerse efectivos, en tanto que al demandado se le señalan en un bien raíz sesenta y seis mil pesos ($ 66.000.00) y los créditos extinguidos o cuya propiedad no tenía la sociedad conyugal.

Por lo mismo, la tacha constituye nueva objeción, cual es la de sostener que a la cónyuge se le asignaron los bienes inmuebles, y a Pardo los créditos.

Doctrina constante de la Corte ha sido que no pueden presentarse nuevas objeciones a la partición dentro del recurso de casación concedido contra la sentencia aprobatoria de ella, ya que, no habiendo sido formuladas en la oportunidad procesal, no pudieron ser consideradas por los jueces de instancia, y por lo mismo escapan al control de la casación.

Tampoco puede prosperar este cargo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en razón de todo lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de cinco de febrero de mil novecientos sesenta, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de liquidación de la sociedad conyugal seguido por Ana Tulia Castañeda contra Demetrio Pardo Ardila.

Condénase a pagar las costas causadas en el recurso al demandado Pardo.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRUEBA DE HECHOS QUE INFORMAN UNA SITUACION DE LARGO TRACTO

Filiación natural. Deberes del acusador cuando la acción se ha deducido y resuelto con base en la causal 4ª del artículo 4º del estatuto respectivo. El recurso de casación no es una tercera instancia. Autonomía del sentenciador en la calificación de indicios.

1. Deducida y resuelta la acción de declaración de paternidad natural en el ámbito de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tocaba al acusador en el recurso extraordinario demostrar que esa precisa regla, en torno de la cual ha girado todo el litigio, fue violada por la sentencia de segundo grado, ya indirectamente **a causa de error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas de que se valiera el Tribunal para dar por establecidos los presupuestos de la causal misma; ya** directamente, **porque se hubiera aplicado la norma, sin haberse verificado el concurso de tales presupuestos.**

2. Tratándose de la demostración de hechos que se desenvuelven en la sucesión del tiempo, para constituír una entidad de contenido cronológico, mal podría exigirse la existencia de pruebas de autonomía singular, que aisladamente demuestren por sí solas la totalidad de los sucesos por establecer. Difícilmente se encontrarían testigos a cada uno de los cuales le constase la cadena de ocurrencias que informan una situación de largo tracto, desde su principio hasta su fin. Entonces, los dictados de la lógica exigen que en tales casos, todos los elementos de probación, documentales y testimoniales, puedan complementarse entre sí, concurriendo cada entidad probatoria a demostrar, con arreglo a sus propias normas, la porción de los hechos que ha caído bajo su dominio.

3. En cuanto el libelo de casación constituye un planteamiento crítico del haz probatorio y de las consecuencias del mismo deducibles, según el criterio del impugnante, para contraponerlo al juicio del sentenciador, como si se pretendiese que el último ceda de su sitio a aquél, ello no es de recibo en este recurso extraordinario, el que, no siendo una tercera instancia, deja intacto el fallo del Tribunal, cuando se le ataca por violación de la ley sustancial con base en el supuesto de errores de hecho evidente o de derecho en la estimación de la prueba, si el yerro de cuya imputación se trata no se demuestra cabalmente.

4. Según lo tiene reconocido la jurisprudencia, el Tribunal es autónomo, así en la consideración de los caracteres, ya de necesidad, ya de gravedad, pluralidad, precisión y conexidad de los indicios (arts. 663, 664 y 665 C. J.), como en la apreciación de las condiciones de responsividad, exactitud, integridad, concordancia y jerarquía de los testimonios (arts. 688, 697 y 702 ibid), para deducir de unos u otros los méritos probatorios que en sus correspondientes casos les atribuye la ley, de modo que la Corte en casación no puede variar el concepto que sobre tales calidades de hecho se haya formado el sentenciador de instancia, mientras sus operaciones mentales al respecto no sean convictas de manifiesto error de esta especie.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diecisiete de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 7 de noviembre de 1959, en el juicio ordinario seguido por Eremia Rodríguez en pro de las impúberes María Ascensión y Enid Rodríguez contra la sucesión ilíquida de Orlando Medina Medina.

I

EL LITIGIO

1. Ante el Juez Civil del Circuito de Guamo, Eremia Rodríguez, en su calidad de madre natural de las impúberes María Ascensión y Enid del mismo apellido, demandó a la sucesión ilíquida de Orlando Medina Medina en las personas de su cónyuge supérstite, Flor Alba Martínez, y de su impúber hija legítima, Elsy Piedad Medina Martínez, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que las impúberes María Ascensión Rodríguez y Enid Rodríguez son hijas naturales del finado Orlando Medina Medina y de la peticionaria Eremia Rodríguez, procreadas cuando el primero se hallaba en estado de soltería;

Que, consecuencialmente, las referidas menores tienen derecho a intervenir en el juicio de sucesión de Orlando Medina Medina, en calidad de hijas naturales de éste y a participar de sus bienes en la medida legal;

Que se ordene al notario sentar en el libro de registro del estado civil, las diligencias correspondientes a la resolución favorable que recaiga;

Que se disponga el registro de la sentencia; y

Que se condene a la demandada en costas, si se opusiere.

2. Este pedimento se asentó sobre los siguientes *hechos:*

Que desde el año de 1946 hasta el de 1954, Orlando Medina Medina y Eremia Rodríguez hicieron vida marital, como marido y mujer, en continuas relaciones sexuales, en el paraje El Suspiro, fracción Quimbayo, corregimiento de Payandé, jurisdicción del Municipio de San Luis, en casa de Ceferino Rodríguez y Purificación Medina, padres de Eremia;

Que de tales relaciones sexuales, frecuentes y estables, fueron hijas naturales las menores María Ascensión y Enid Rodríguez, nacidas en Payandé, el 15 de agosto de 1950 y el 10 de marzo de 1953, respectivamente;

Que prueba de ello son las partidas de nacimiento de las menores, en que aparece que fue precisamente Orlando Medina Medina quien hizo las denuncias respectivas;

Que Orlando Medina Medina, desde que inició las relaciones sexuales con Eremia Rodríguez hasta cuando éstas terminaron en el año de 1954, vivió maritalmente con ella, en casa de los padres de la misma y con su consentimiento; y que, si en un principio no la sostenía del todo, sin embargo frecuentemente le suministraba prendas de vestir y le prodigaba toda clase de atenciones;

Que cuando las nombradas menores nacieron, en casa de los padres de Eremia, Orlando atendió de su patrimonio a los gastos de nacimiento y, luego, de manera constante a los de crianza de las mismas, a quienes regalaba con sus caricias, gozando de los placeres de la paternidad;

Que, además de las denuncias de nacimiento por él efectuadas ante las oficinas encargadas del registro del estado civil, las actas de bautismo de las mismas menores fueron patrocinadas y festejadas por el propio Orlando, en su condición de padre natural de ellas;

Que Eremia, en su calidad de compañera de Orlando, frecuentaba la casa de los padres y hermanos de éste, en la hacienda El Tamarindo en Payandé, donde era atendida por aquéllos en forma cordial y generosa, primero sola y posteriormente con sus menores hijas;

Que la familia de Orlando no sólo recibía en su casa a Eremia y a sus dichas hijas, sino que las ayudaba con regalos y sinceras manifestaciones de afecto;

Que Orlando contrajo matrimonio en Ibagué el 6 de enero de 1955, con la señorita Flor Alba Martínez, de cuyo matrimonio es hija legítima Elsy Piedad Medina Martínez;

Que Orlando falleció intestado en Payandé el 25 de marzo del mismo año de 1955, en que quedaron su cónyuge y su hija legítima mencionadas en el punto inmediatamente anterior, como representantes de su sucesión, cuyo juicio aún no ha sido iniciado; y

Que, al morir Orlando, dejó varias fincas y semovientes de su pertenencia, en el caserío de Payandé, de la jurisdicción Municipal de San Luis.

Como fundamentos de DERECHO sustancial se invocaron los artículos 1494 y siguientes del Código Civil y los pertinentes de la ley 45 de 1936.

3. En su contestación, la parte demandada contradijo o desconoció los hechos fundamentales de la acción, negó el derecho alegado por la actora y, en suma, dijo oponerse a sus pretensiones.

Con producción de pruebas, solicitadas únicamente por la parte demandante, desarrollose la primera instancia, que culminó con fallo por el cual, acogiéndose las peticiones de la demanda, se declara lo siguiente:

"1º Que los menores impúberes María Ascensión y Enid Rodríguez son hijos del causante señor Orlando Medina Medina y de Eremia Rodríguez, engendrados en estado de soltería los progenitores (sic).

"2º Que los menores María Ascensión y Enid Rodríguez tienen derecho a intervenir en el juicio de sucesión de su finado padre natural, en tal calidad y a participar en la proporción establecida por la ley de los bienes del causante Orlando Medina M.

"3º Se ordena librar despacho al señor Notario, a fin de que tome nota de esta sentencia y haga los asientos del caso en los libros pertinentes.

"4º Se ordena igualmente, el registro de esta sentencia en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"5º Condénase en costas a la parte demandada".

4. En el segundo grado del juicio, tramitado por apelación de la parte demandada, el Tribunal profirió la sentencia de 7 de noviembre de 1959, por la cual se CONFIRMA la del inferior y se condena en las costas correspondientes a la parte vencida.

5. Recurrido por ella en casación este pronunciamiento, procede la Corte a la definición del caso.

II

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, luego de proponerse la pauta del extraordinario cuidado con que el juzgador ha de proceder en las causas sobre indagación de la paternidad natural, remitiéndose en el punto a la doctrina de la Corte consignada en sentencia de casación de 16 de octubre de 1943 (LVI, pág. 202), advierte que en el caso del pleito se impone el hecho de que entre Orlando Medina y Eremia o Erenia Rodríguez se anudaron relaciones sexuales estables y ostensibles, de índole concubinaria y dentro de las cuales se originó la existencia de las niñas María Ascensión y Enid Rodríguez.

En el estudio de la prueba, clasifica los testimonios, por la importancia de los puntos sobre que versan así:

El grupo de Marco A. Acosta, Arturo Gutiérrez Zapata, Isidora Alvis vda. de Peña, Antonio Guiza y Abacuc Ospina, quienes atestiguaron sobre las relaciones primero de amistad, luego de amor y finalmente sexuales que se trabaron entre Orlando Medina y Erenia Rodríguez y de que nacieron María Ascensión y Enid Rodríguez, pero, del cual conjunto de declarantes, dice el juzgador, que "no señala un tiempo preciso acerca del notorio y ostensible concubinato que formaron como si fuesen marido y mujer dichos concubinos, porque según ellos de los amoríos de la juventud pasaron sin solución de continuidad a la vida marital y a las relaciones sexuales estables, que tuvieron vigencia hasta poco antes de morir el señor Orlando Medina Medina".

Otro grupo formado por los testigos Efraím Olaya, Pastor Bocanegra Ramírez, Isaías Cuéllar y Plinio Saavedra Peña, quienes, además de suministrar información idéntica a la dada por los anteriores, afirma el Tribunal, "sí señalan más o menos una época dentro de la cual tales acontecimientos acaecieron", es a saber: que, según Olaya y Bocanegra, aquellas relaciones sexuales duraron en forma continua unos seis años; según Cuéllar, unos diez años más o menos; y según Saavedra, más de seis años, época concubinaria dentro de la cual nacieron precisamente las menores de que se trata.

En categoría especial, considera el sentenciador las declaraciones de las hermanas de Orlando, señoras Blanca Medina de Rodríguez y Oliva Medina de Rodríguez, quienes, fuera de dar testimonio sobre sus amoríos y relaciones sexuales estables con Erenia, relaciones éstas "que duraron hasta cuando Orlando murió", atestiguan también que "las dos pequeñas producto de aquella barraganía nacieron dentro de la existencia y vigencia de la vida marital que hicieron Orlando y Erenia, y manifiestan esas señoras que reconocen a las dos hijas de Erenia como a sus sobrinas".

Finalmente se ocupa del conjunto constituído por Belén Ospina de Liévano y Rosa Bermúdez de Serna, parteras que atendieron respectivamente a Erenia en los alumbramientos de sus dos hijas dichas y que, al deponer sobre esta cuestión, manifiestan haber sido sus servicios retribuídos por Orlando Medina. A que se agrega la declaración de Eugenia Villanueva, quien manifestó haber ayudado a Belén Ospina en su delicado menester.

Esta es, en síntesis, la visión por el Tribunal, de los testimonios aducidos al debate y sobre cuyo poder de convicción se expresa así:

"Tales testimonios convergen a la demostración inobjetable de que evidentemente existió el concubinato ostensible entre aquellos ciudadanos y de que evidentemente las relaciones sexuales estables constituyeron un acontecimiento protuberante e inocultable dentro de aquel pequeño conglomerado social constituído por los habitantes del caserío que fue el escenario en donde ocurrieron tales hechos...

"Por otra parte, es muy significativa la circunstancia de que hubiera sido el propio Orlando Medina quien acudiera ante el Inspector de Policía de Payandé, en el municipio de San Luis, a registrar el nacimiento de María Ascensión como hija natural de Erenia Rodríguez, nacimiento que sucedió el quince de agosto de mil novecientos cincuenta (1950). Y el mismo Orlando ante el mismo Inspector en ese lugar hizo registrar el nacimiento de Enid, hija natural de Erenia Rodríguez, quien nació el 10 de marzo de 1953...

"El bagaje probatorio demuestra, pues, de manera indubitable, esas relaciones sexuales estables y el nacimiento de las párvulas de que aquí se trata, dentro de la vigencia del concubinato, y por consiguiente había sobrada razón para que el Juzgado del conocimiento hiciera las declaraciones de filiación natural que le fueron impetradas en la demanda".

III

LA IMPUGNACION

El recurrente, situándose en la órbita de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, hechas las alegaciones que se verán luego, sostiene que fueron infringidos por el sentenciador los artículos 665 y 702 ibídem, 4º de la Ley 45 de 1936 en su numeral 4º, 398 del Código Civil y 18 de la Ley 45 de 1936.

La sustancia de su disertación acusatoria se resume fielmente, así:

Que todos los declarantes, a excepción de Rosa Bermúdez de Serna, "como si estuvieran recitando una lección aprendida de antemano, pero sin dar la razón concreta de sus dichos, ni expresar o precisar siquiera la época en que empezaron a formalizarse las relaciones, primero de amistad, luego amorosas y por último carnales, entre el causante Orlando Medina y Erenia Rodríguez, afirman *de modo empírico y con base en meras suposiciones,* que de tales relaciones carnales nacieron las menores Ascensión y Enid Rodríguez, las que, una vez muerto su presunto padre, dizque fueron ayudadas en la crianza por las hermanas de dicho causante";

Que, según algunos de los deponentes, la vida concubinaria de Orlando y Erenia se llevó casi toda en la finca "El Tamarindo"; y, según otros, unas veces en casa de los padres de Erenia y otras en casa de los padres de Orlando, pero sin precisar las fechas o épocas en que tales hechos sucedieran; que algunos de los testigos tratan de referir que Orlando tomaba dineros en préstamo para atender a los gastos de su concubinato, no obstante que figuraba con fincas y era hombre de negocios; y que, además, dicen que Orlando presentaba las menores Ascensión y Enid como hijas suyas, a sus familiares y amigos. Es decir, que se ha pretendido establecer con tales testimonios *la posesión notoria del estado de hijas naturales de dichas menores,* respecto de Orlando, "sin percatarse de que para la comprobación de ese estado se necesitan diez (10) años continuos";

Que, sin embargo de afirmarse en la demanda que Orlando y Erenia hicieron vida marital en el paraje de "El Suspiro", fracción de "Quimbayo", corregimiento de Payandé, de la jurisdicción municipal de San Luis, en casa de los padres de Erenia, con todo, al formulárseles por el apoderado de la parte demandante a sus testigos el interrogatorio, se les propone que fue en el caserío de Payandé donde se realizó aquella vida concubinaria; de que resulta que si el apoderado de la demandante no lo supo a ciencia cierta, menos sus declarantes, de los cuales Marco A. Acosta y Arturo Gutiérrez Zapata, al expresar que ello fue en la finca "El Tamarindo", dicen: el primero, que ésta es de propiedad de Orlando y el segundo, que pertenece a una su hermana. Discrepancias éstas que, siendo muy significativas, "restan a los testimonios veracidad en cuanto a un hecho tan trascendental en este debate de filiación, cual es el de precisar siquiera la época en que se empezaron las relaciones carnales entre los concubinos y el lugar donde se hicieran notorias u ostensibles y estables";

Que la testigo Isidora Alvis v. de Peña, al declarar que, en cierta ocasión fue apremiada por Orlando Medina para que le pagase $ 5.000.00, valor de una letra de cambio no vencida, por tener él destinado ese dinero a las menores Ascensión y Enid, dice que ello ocurrió en el mes de mayo de 1956; pero que es imposible que esto haya sucedido, habiendo fallecido Orlando el 24 de mayo de 1955; y que "con indicios de tal índole, no se puede formar una convicción judicial";

Que, como los testigos Gutiérrez Zapata y Saavedra Peña, al referir que Alberto Moscoso, mandado por Flor Alba v. de Medina, le ofreció a un hermano de Erenia llamado Luis Rodríguez $ 5.000.00 por la herencia de las menores Ascensión y Enid, no expresan cuándo ni cómo se hizo tal ofrecimiento, sus dichos aislados no constituyen presunciones dignas de recibo;

Que la circunstancia de que el causante Orlando Medina hubiera hecho la denuncia de los nacimientos de Ascensión y Enid Rodríguez ante la autoridad civil, no puede tomarse "ni siquiera como presunción atendible para establecer relaciones sexuales, notorias y estables, entre el denunciante y Erenia Rodríguez; y que "si por una circunstancia tal fuera posible presumir paternidad natural, ningún varón apto se atrevería a prestar un servicio humanitario semejante";

Que "si algunos declarantes hablan de que el causante y Erenia Rodríguez vivieron en concubinato durante más de seis (6) años anteriores a la muerte de aquél, en 24 de marzo de 1955, esa circunstancia tampoco puede tenerse en cuenta para concluír que las menores Ascensión y Enid, hubieran nacido dentro de los términos legales previstos en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que como se vio, exige prueba plena consistente en hechos incontrovertibles, que no precisan los declarantes citados";

Que "las declaraciones de las señoras Blanca Ospina de Liévano, Eugenia Villanueva y Rosa Bermúdez de Serna, sobre que atendieron los partos de Erenia Rodríguez por cuenta del causante Orlando Medina, serían atendibles si hubieran precisado, de otro lado, la fecha o siquiera la época en que prestaron sus respectivos servicios de comadronas"; y

Que los testimonios de las hermanas de Orlando, señoras Blanca y Oliva Medina, sobre haber éstas prestado ayuda a las nombradas menores, después de la muerte de aquél, tampoco se refieren al hecho fundamental de las relaciones sexuales exigidas como prueba por la ley.

Contemplado en esta forma por el recurrente el material probatorio, sostiene que el Tribunal, al atribuírle los méritos que su decisión consagra, cometió "error evidente o manifiesto en la apreciación de tales elementos probatorios", pues aceptó como ciertos el hecho que éstos no acreditan, de las relaciones sexuales, notorias y estables, entre Orlando Medina y Erenia Rodríguez y "el consiguiente hecho de la concepción y nacimiento de las menores Ascensión y Enid Rodríguez, dentro de los términos legales previstos en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sin la demostración plena de la fecha o época en que tales relaciones hubieran comenzado".

Y con apoyo en estas alegaciones, imputa al sentenciador la violación de los preceptos legales atrás indicados, así: La del artículo 665 del Código Judicial, cuyo texto se limita el impugnante a reproducir; la del artículo 702 ibídem, "al dar valor a testimonios contradictorios entre sí, sobre el punto o materia fundamental del debate"; la del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, "pues con una prueba indiciaria de tan frangible calidad", se dieron por establecidas las relaciones sexuales entre Orlando Medina y Erenia Rodríguez en las condiciones requeridas por esa norma legal; la del artículo 398 del Código Civil, en cuanto se dio por establecida una posesión notoria de estado civil, "que no pudo cumplirse en el caso de autos"; y la del artículo 18 de la Ley 45 de 1936, por cuanto, al reconocerles a Ascensión y Enid Rodríguez el carácter de hijas naturales de Orlando Medina Medina, se las hace concurrir con la hija legítima del mismo "en detrimento de la legítima rigurosa que sin ese reconocimiento le corresponde".

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Deducida y resuelta esta acción de declaración de paternidad natural en el ámbito de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tocaba al acusador en el recurso extraordinario demostrar que esa precisa regla, en torno de la cual ha girado todo el litigio, fue violada por la sentencia de segundo grado, ya *indirectamente,* a causa de error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas de que se valiera el Tribunal para dar por establecidos los presupuestos de la causal misma; ya *directamente,* porque se hubiera aplicado la norma, sin haberse verificado el concurso de tales presupuestos.

2. El recurrente se ha reducido a sostener que de los testimonios en que se basó el Tribunal para dar por demostradas las relaciones sexuales estables entre Orlando Medina y Erenia Rodríguez, no resulta establecido el que los testigos sepan en qué lugar ellas se realizaron, pues al paso que en la demanda se expresa que fue en el paraje de "El Suspiro", fracción Quimbayo del corregimiento de Payandé, unos declarantes afirman que ello ocurrió en el caserío de este último nombre y otros en la finca de "El

Tamarindo'', lo cual —dice— les resta credibilidad a los testimonios; y que tampoco precisan los declarantes el tiempo en que empezaron tales relaciones carnales, o sea que no demuestran el hecho de que las menores Ascensión y Enid ''hubieran nacido dentro de los términos legales previstos en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936''.

3. En cuanto a lo primero, cabe observar que el reparo flaquea por su base, pues si bien el declarante Marco A. Acosta manifiesta que fue en la casa de la finca de ''El Tamarindo'' en donde se deslizó la casi totalidad de la vida concubinaria de Orlando y Erenia, pues en muy raras ocasiones se iban a estar en la casa de la madre de la última, y de la declaración de Arturo Gutiérrez podría también deducirse que la época de aquellas relaciones transcurrió en la casa de la referida finca, la mayoría de los declarantes en el particular o sea Efraím Olaya Castillo, Pastor Bocanegra Ramírez, Antonio Guiza Guzmán, Isaías Cuéllar, Abacuc Ospina, Belén Ospina de Liévano, Eugenia Villanueva, Plinio Saavedra Peña y Oliva Medina de Rodríguez afirman que Orlando y Erenia convivieron en el caserío de Payandé, en donde trabaron sus relaciones por estar las casas en que habitaban próximas entre sí, testimonios con que armonizan los de Isidora Alvis v. de Peña y Blanca Medina de Rodríguez que, al referirse al escenario de esas relaciones, si no hablan del caserío, dicen que ello fue en Payandé.

Es más: La diversidad de expresión entre los testigos Acosta y Gutiérrez, de un lado, y el resto de los declarantes, del otro, en cuanto a la indicación del lugar, no implicaría contradicción, desde luego que, no apareciendo demostrado que la llamada por los dos primeros finca de ''El Tamarindo'' no toca con el caserío de Payandé, bien podría ocurrir que la casa de la dicha finca a que éstos se refieren estuviera sita en tal caserío, como cabría deducirlo del conjunto de sus mismas deposiciones. Mas, aunque así no fuera, es decir, si existiese la discrepancia que pretende ver el recurrente, pudo bien el Tribunal atenerse a lo que resulta de la mayoría o casi totalidad de los testimonios (art. 702 C. J.), sin incurrir por ello en error de hecho alguno.

4. No es menos infundada la imputación de que las pruebas aducidas por la parte actora no demuestran que la concepción de las niñas Ascensión y Enid se hubiera efectuado dentro del tiempo de las relaciones sexuales estables y notorias que mantuvieron Orlando Medina y Erenia Rodríguez, porque los testigos no hubieran determinado sus extremos cronológicos. Pues, basta coordinar los dichos de Pastor Bocanegra Ramírez, Plinio Saavedra Peña e Isaías Cuéllar, con las fechas de los nacimientos de las impúberes y de la muerte de Orlando Medina, para que el cargo quede desvanecido.

En efecto: Refieren los testigos Bocanegra y Saavedra que la vida concubinaria de Orlando y Erenia se llevó unas veces en la casa de la madre de aquél y otras en la de los padres de ésta, ''durante un lapso de seis (6) años, contando hasta el momento en (sic) murió el señor Orlando'', según el primero y ''sin separarse durante más de seis años, hasta la muerte del señor Orlando Medina Medina'', según el segundo. Por su parte, el testigo Cuéllar manifiesta que esa vida concubinaria ''fue permanente, unida, constante y sin ningún contratiempo de ninguna clase, durante 10 años más o menos, hasta el momento de morir''. Testimonios éstos a que podría sumarse el de Efraím Olaya Castillo, quien, sin precisar la fecha terminal de aquella convivencia, expresa que ésta se realizó unas veces en casa de la madre de Orlando y otras en la de los padres de Erenia, y que ''esta vida permanente y unida la llevaron durante seis años, sin separarse ni el uno ni el otro, dentro del caserío de Payandé''.

Suficientes son las tres primeras de las declaraciones a que se acaba de hacer referencia para demostrar que la vida concubinaria de Orlando y Erenia duró no menos de seis años hasta el día de la muerte de aquél. Es decir, que si Orlando murió el 24 de marzo de 1955, como reza su partida de defunción (f. 2, c. 1), esas relaciones sexuales existían ciertamente para el día 24 de marzo de 1949; y si María Ascensión nació el 15 de agosto de 1950 y Enid el 10 de marzo de 1953 (fls. 3 y 4, c. ibid), quiere necesariamente decir que las respectivas épocas en que pudieron ser concebidas estas menores se encontraron íntegramente comprendidas dentro de la existencia de las dichas relaciones sexuales.

5. Tratándose de la demostración de hechos que se desenvuelven en la sucesión del tiempo, para constituír una entidad de contenido cronológico, mal podría exigirse la existencia de pruebas de autonomía singular, que aisladamente demuestren por sí solas la totalidad de los sucesos por establecer. Difícilmente se encontrarían testigos a cada uno de los cuales les constase la cadena de ocurrencias que informan una situación de largo tracto, desde su principio hasta su fin. Entonces, los dictados de la lógica exi-

gen que en tales casos, todos los elementos de probación, documentales y testimoniales, puedan complementarse entre sí, concurriendo cada entidad probatoria a demostrar, con arreglo a sus propias normas, la porción de los hechos que ha caído bajo su dominio.

6. En el caso de autos, hubiera sido contrario a razón exigir que a los testigos les constase la época en que se iniciaron las relaciones sexuales contempladas en el debate; pues, si se comprobó que éstas ya existían en determinada fecha, como está visto, pudiéndose de ahí en adelante hacer el cómputo del término legal de la concepción, con ello quedó satisfecha en lo pertinente la exigencia del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que no otra cosa significa.

7. Por lo demás, en cuanto el libelo de casación constituye un planteamiento crítico del haz probatorio y de las consecuencias del mismo deducibles, según el criterio del impugnante, para contraponerlo al juicio del sentenciador, como si se pretendiese que el último ceda de su sitio a aquél, ello no es de recibo en este recurso extraordinario, el que, no siendo una tercera instancia, deja intacto el fallo del Tribunal, cuando se le ataca por violación de la ley sustancial con base en el supuesto de errores de hecho evidente o de derecho en la estimación de la prueba, si el yerro de cuya imputación se trata no se demuestra cabalmente.

8. En este mismo orden de ideas, según lo tiene reconocido la jurisprudencia, el Tribunal es autónomo así en la consideración de los caracteres, ya de necesidad, ya de gravedad, pluralidad, precisión y conexidad de los indicios (arts. 663, 664 y 665 C. J.), como en la apreciación de las condiciones de responsividad, exactitud, integridad, concordancia y jerarquía de los testimonios (arts. 688, 697 y 702 ibid.), para deducir de unos u otros los méritos probatorios que en sus correspondientes casos les atribuye la ley, de modo que la Corte en casación no puede variar el concepto que sobre tales calidades de hecho se haya formado el sentenciador de instancia, mientras sus operaciones mentales al respecto no sean convictas de manifiesto error de esta especie.

9. Pudiendo atribuírse a simple yerro mecanográfico la circunstancia de que, en la declaración de Isidora Alvis v. de Peña, aparezca escrita en números la cita del año de "1956", como tiempo en que la declarante fue apremiada por Orlando Medina para el pago de una cantidad de dinero, siendo así que éste había fallecido en el mes de marzo de 1955, hay que suponer que el sentenciador entendió como tal errata aquella inexactitud. Aniquilar por un detalle equívoco y racionalmente explicable la credibilidad de todo un testimonio, sin otro motivo que justifique tal invalidación, sería contrario a la lógica probatoria: *nemo presumitur esse perjurus.*

10. Vano es el cargo por violación del artículo 398 del Código Civil preceptivo de que, para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del mismo, deberá haber durado diez años continuos por lo menos. Porque, no fue en este motivo en el que se fundó el fallo recurrido, cuya columna fundamental, como largamente está visto, es la causal de "relaciones sexuales".

11. Si el Tribunal formó argumento de los hechos de haber Orlando Medina Medina denunciado para el registro civil el nacimiento de las niñas María Ascensión y Enid Rodríguez; de haberlas presentado a sus parientes y amigos como hijas suyas; y de haber sus hermanas Blanca Medina de Rodríguez y Oliva Medina de Rodríguez manifestado que las reconocían por sobrinas, basado el sentenciador en los elementos probatorios que sobre tales circunstancias arroja el proceso, claro aparece que no se sirvió de estos hechos colaterales, ni por vía de tema de posesión notoria del estado civil de las impúberes, ni para configurar con su aporte la causal de las aludidas relaciones sexuales, para las que él encontró propia y adecuada demostración, sino a efecto de corroborar ésta.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete (7) de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior de Ibagué.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCESION.

Frutos naturales y civiles. Su adquisición por el poseedor de buena fe. El derecho de retención excluye el ánimo de dueño y no otorga los frutos. Restitución de frutos. Valoración en dinero de los frutos naturales.

1. Por accesión, el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce espontáneamente o con la ayuda del hombre, si son frutos naturales; o en dinero, con ocasión del objeto y por balance de la utilidad que reporta quien materialmente lo tiene, si se trata de frutos civiles (713, 714, 717, C. C.).

2. En razón de la buena fe, el poseedor está equiparado legalmente al dueño en la adquisición de los frutos que haya percibido antes del nacimiento del vínculo jurídico procesal en juicio restitutorio. Pero no ya de los que con posterioridad a ese momento demarcador del fallo le son imputables al poseedor condenado a restituír, por haberlos percibido después o dejado de percibir con mediana inteligencia y actividad según se ordena a los poseedores de mala fe, quienes responden de los frutos mismos o del valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. (964).

3. Por su esencia el derecho de retención excluye el ánimo de dueño, del mismo modo que la buena fe posesoria, sin la cual no se predica en derecho la adquisición de los frutos percibidos. Es sencillamente porque entonces no hay relación posesoria sino apenas de tenencia, en garantía de quien está legalmente autorizado a conservar la cosa en su poder para seguridad del pago del crédito vinculado a su favor en razón del mismo objeto: creditum cum re iunctum. De donde es consecuencia natural que quien legalmente retiene haya de responder de los frutos cuando sea llegado el día de la restitución.

Sobre el particular puede verse la casación del 19 de diciembre de 1959 (XCI, 2217 a 2219. 908. 2ª).

Las tierras abiertas al cultivo son eminentemente fructíferas, así sea por el beneficio directo de los frutos naturales como por el indirecto de los frutos civiles expresados en dinero como precio de arrendamiento. Lo cual conduce a demostrar de plano: 1. Que si el objeto de la retención consiste en terrenos cultivados, los frutos hubieron de producirse, salvo prueba en contrario allegada al juicio por quien ha tenido la cosa en su poder; 2. Que a partir de la formación del vínculo jurídico procesal restitutorio, no es cuestión de prueba, puesto que por ley se deben los frutos no solo percibidos sino los que hubieran debido producirse con mediana inteligencia y actividad, aunque haya habido buena fe en quien debe restituír como consecuencia del fallo; 3. Que no es inequitativa ni inadecuada en derecho la valoración líquida de los frutos naturales si se aprecia por la estimación de los cánones de arrendamiento que como frutos civiles se hubieran derivado del respectivo predio.

Tan razonable para calcular la utilidad de que estuvo privado el dueño es el criterio de medir el importe neto en dinero de los frutos naturalmente percibidos o que debieron percibirse en determinado negocio de campo, como el de estimar el precio corriente del arrendamiento que se hubiera pagado por esas tierras. Solo que el disfrute directo o indirecto está a voluntad del dueño, y por ello hace uso de su derecho si pide que en las restituciones se decrete el pago de los frutos civiles en vez de los frutos naturales que debieron producirse con mediana inteligencia y actividad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Demandó Luis Enrique Guzmán por vía ordinaria a José Antonio Moreno para lo siguiente:

"1º Que Luis Enrique Guzmán no está obligado al pago de las mejoras puestas por José Antonio Moreno en la finca rural denominada *La Gonzalia,* ubicada en jurisdicción del Municipio de Rivera y a cuyo valor y determinación se refiere el auto de fecha 21 de noviembre de 1955, proferido por el señor Juez 1º de este Circuito Civil, que se revisa en esta sentencia.

"2º En subsidio de la petición anterior, pido se avalúen en este juicio, por medio de peritos nombrados en la forma legal, las mejoras puestas por el demandado Moreno en la citada finca de *La Gonzalia* y que existan actualmente, ya que el avalúo fijado provisionalmente en el mencionado auto de fecha 21 de noviembre de 1955, se hizo con el único objeto de cumplir la orden de restitución de la referida finca por parte de Moreno y a favor de Guzmán, según sentencia de fecha 29 de septiembre de 1954, proferida por el mismo señor Juez 1º de este Circuito Civil en el juicio de tenencia de Guzmán contra Moreno.

"3º Que se condene a José Antonio Moreno a restituírle a Luis Enrique Guzmán, tres días después de que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, treinta y cinco cabezas de ganado vacuno de cría, una yegua y un potro, que el segundo adquirió por compra a Antonio González Meléndez y a Arturo Guzmán y a que se refieren las escrituras números 431, de 16 de mayo de 1951 y 1113, de fecha 20 de octubre de 1952 y el documento privado de fecha 2 de noviembre de 1953 celebrado entre Arturo y Luis Enrique Guzmán, semovientes que se encontraban el citado 16 de mayo de 1951 en la mencionada finca de *La Gonzalia* y en poder del demandado Moreno como administrador de dicha finca, junto con los frutos naturales de esos semovientes, producidos desde la fecha últimamente citada hasta cuando se verifique la entrega de ellos, frutos que deberán ser determinados por peritos nombrados en la forma legal.

"4º En subsidio de la declaración inmediatamente anterior y para el caso de que el demandado Moreno no pueda restituír los semovientes y productos a que se refiere la petición tercera, pido se le condene a pagarle al demandante el valor de dichos semovientes y productos, que debe fijarse por medio de peritos nombrados en la forma legal.

"5º Que se condene al demandado José Moreno a pagarle al demandante Guzmán el valor de los frutos civiles (arrendamientos) de la finca denominada *La Gonzalia* ya citada, desde el 16 de mayo de 1951, hasta el día en que entregue la citada finca, el cual debe fijarse por medio de peritos nombrados en la forma legal.

"6º Que se condene al demandado Moreno a pagarle al demandante Guzmán el valor de las mejoras que existían en la citada finca de *La Gonzalia,* las cuales se determinarán en el término probatorio de este juicio, y que fueron destruídas por el demandado Moreno, valor que debe ser fijado por peritos nombrados en la forma legal.

"7º Que se condene al demandado Moreno al pago de las costas de este juicio, en caso de que se oponga a esta demanda".

La cuestión de hecho se refirió en resumen a que por escritura 413 de 16 de mayo de 1951, Notaría 2ª de Neiva, Antonio González Meléndez les vendió a Arturo y Luis Enrique Guzmán Perdomo el predio denominado *La Gonzalia,* en el Municipio de Rivera, con sus mejoras y 35 cabezas de ganado vacuno, una yegua y un potro que allí pastaban; a que Arturo le vendió a Luis Enrique por escritura 1113 de 20 de octubre de 1952 y de la misma Notaría, lo que había comprado del inmueble, y según documento de 2 de noviembre de 1953 todos sus derechos sobre el ganado; a que los Guzmán Perdomo adelantaron juicio de tenencia sumaria contra José Antonio Moreno, quien permanecía en la finca en calidad de mandatario o administrador de González Meléndez; a que por sentencia de 29 de septiembre de 1954 el Juez 1º Civil del Circuito de Neiva ordenó a José Antonio Moreno entregar a Guzmán la finca *La Gonzalia* con los semovientes y los frutos civiles y naturales desde el 16 de mayo de 1951, pero que el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial reformó el fallo en el sentido de limitar la condenación a la entrega de la finca; a que en la ejecución de esta sentencia Moreno obtuvo que el lanzamiento se suspendiera mientras se le indemnizaba del valor de las mejoras puestas por él, cuyo monto se fijó por el Juez en proveído confirmado por el Tribunal, en $ 30.088.00; y a que Moreno ha destruído algunas mejoras,

como árboles de cacao y sementeras, para sustituírlas con otras.

Terminó el proceso en primera instancia con fallo del 8 de agosto de 1960, proferido así por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva;

"1º El demandante Luis Enrique Guzmán SI está obligado a pagar a José Antonio Moreno el valor de las mejoras que éste estableció en la finca *La Gonzalia,* avaluadas pericialmente en la suma de $ 30.088.00 moneda corriente, tal como se dispuso en la providencia de fecha 21 de noviembre de 1955, proferida por el señor Juez 1º Civil de este Circuito, con derecho a retener tales mejoras hasta cuando se le abonen o se le asegure su importe.

"2º El demandado José Antonio Moreno debe pagar a Luis Enrique Guzmán, el valor de los frutos civiles, o sea el valor del arrendamiento de la finca *La Gonzalia,* a partir del día en que se le notificó la demanda sobre restitución, de fecha 25 de septiembre de 1953, hasta cuando verifique su desocupación. El valor de este importe se fijará en la ejecución de esta sentencia,

"3º José Antonio Moreno deberá pagar igualmente el valor de las costas del presente juicio.

"Al hacerse la liquidación de las prestaciones mutuas conforme a este fallo, podrán establecerse las compensaciones del caso y pagarse el saldo por quien corresponda.

"4º Se absuelve al demandado José Antonio Moreno de las demás peticiones que contiene la demanda".

Abierto el segundo grado procesal por apelación de ambas partes, el actor desistió de ese recurso, y sobrevino la sentencia de 26 de enero de 1961 en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva resolvió reformar "el fallo apelado en el sentido de condenar a José Antonio Moreno a pagar el cincuenta por ciento (50%) del valor de las costas de primer grado", y confirmarlo en todo lo demás.

EL FALLO ACUSADO

Después de referirse el Tribunal a la obligación del actor de pagar al demandado $ 30.088 por concepto de mejoras, se ocupa en la cuestión referente a frutos, y dice entre otras cosas:

"Que Moreno ha percibido los frutos de la finca *La Gonzalia,* mientras ha estado en su poder, es hecho que no puede remitirse a duda, teniendo en cuenta las copias de las piezas de los juicios de lanzamiento que contra él se han tramitado, de donde se deduce, según las contestaciones de las demandas, que administraba ampliamente el fundo, con facultades aun dispositivas, como confesó su apoderado. Lo cual resulta corroborado con los testimonios de Isaías Sánchez, Isidoro Collazos, Moisés Ortiz y Luis Carlos Silva, quienes dan fe acerca del hecho de que José Antonio Moreno ha estado trabajando en la finca como en cosa propia, desde cuando la recibió de manos de Antonio González.

"El representante judicial del demandado en este juicio dice que se desconoce la realidad jurídica cuando se demandan frutos civiles, haciéndolos consistir en arrendamientos del predio, porque Moreno no ha sido arrendatario, sino 'un simple administrador o mandatario que retiene la finca *La Gonzalia* con pleno derecho mientras se produce el pago de las mejoras'.

"Es evidente que el demandado no tiene la calidad de arrendatario; pero entiende el Tribunal que la demanda no se refiere al cobro de cánones de arrendamiento, sino al cobro de los frutos de la finca estimados en dinero a la manera de un arrendamiento, es decir, mediante una renta o canon. Así debe interpretarse la demanda, porque esta es la clara intención del actor".

Con apoyo en doctrina de la Corte, explica el sentenciador que el derecho de retención no habilita a su titular para hacer suyos los frutos, sino simplemente para retenerlos también, y concluye:

"Así, pues, el demandado no es dueño de los frutos, pero puede retenerlos hasta cuando se verifique el pago de sus mejoras".

LA IMPUGNACION

Viene propuesta con base en la causal primera, por dos aspectos:

I. Error de hecho en la interpretación de la demanda, por "equiparar o identificar los frutos que hubiera podido producir el predio, con los cánones que el demandante hubiera podido cobrar a título de arrendamiento del mismo". Y agrega el libelo:

"Es, pues, evidente que se desconoció la realidad procesal cuando se ordena pagar los frutos de la cosa mediante el precio de arrendamiento de la misma, sobre todo si se tiene en cuenta que el demandado, obligado a restituírla, la mantuvo en su poder mientras se le pagaba o aseguraba el precio de las mejoras. No era, pues, un arrendatario obligado a cubrir el pre-

cio por la tenencia de la cosa, sino un retenedor con derecho a conservarla en su poder mientras el demandante no satisficiera la obligación de abonar o asegurarle el valor de las mejoras".

De donde desprende violación de los artículos 946 y 971 del Código Civil, por aplicación indebida.

II. Error de hecho en cuanto el Tribunal considera que Moreno percibió frutos, según las "copias de las piezas de los juicios de lanzamiento que contra él se han tramitado", mientras que el recurrente estima que de esas piezas no se desprende que Moreno hubiera devengado o percibido frutos que esté en la obligación de restituír. A lo cual añade:

"Y mucho más descaminada, si se quiere, estuvo la decisión acusada en cuanto expresa que el hecho de que Moreno hubiera percibido los frutos de que se trata, está corroborada en autos con los testimonios de Isaías Sánchez, Isidoro Collazos, Moisés Ortiz y Luis Carlos Silva, pues en ninguna parte afirman estos deponentes que en realidad el demandado Moreno hubiera percibido los frutos en cuestión y ni siquiera que hubieran existido aquéllos".

Y deduce el mismo quebranto por indebida aplicación de los dichos artículos 964 y 971 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

1. Por accesión, el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce espontáneamente o con la ayuda del hombre, si son *frutos naturales;* o en dinero, con ocasión del objeto y por balance de la utilidad que reporta quien materialmente lo tiene, si se trata de *frutos civiles.* (713, 714, 717 C. C.).

2. En razón de la buena fe, el poseedor está equiparado legalmente al dueño en la adquisición de los frutos que haya percibido antes del nacimiento del vínculo jurídico procesal en juicio restitutorio. Pero no ya de los que con posterioridad a ese momento demarcador del fallo le son imputables al poseedor condenado a restituír, por haberlos percibido después o dejado de percibir con mediana inteligencia y actividad según se ordena a los poseedores de mala fe, quienes responden de los frutos mismos o del valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. (964).

3. Por su esencia el derecho de retención excluye el ánimo de dueño, del mismo modo que la buena fe posesoria, sin la cual no se predica en derecho la adquisición de los frutos percibidos. Es sencillamente porque entonces no hay relación posesoria sino apenas de tenencia, en garantía de quien está legalmente autorizado a conservar la cosa en su poder para seguridad del pago del crédito vinculado a su favor en razón del mismo objeto: *creditum cum re iunctum.* De donde es consecuencia natural que quien legalmente retiene haya de responder de los frutos cuando sea llegado el día de la restitución.

4. Expuso la Corte en sentencia de casación del 19 de diciembre de 1959:

"Habiéndose limitado la ley a establecer para ciertos casos, como son los de los artículos 859, 970 y 1995 del Código Civil y 3º (ordinal f) de la Ley 100 de 1944, el derecho de retención, sin organizar sobre la materia un sistema de reglas especiales, toca a la jurisprudencia orientarse en este campo por medio de los preceptos que regulan materias semejantes, en cuanto sean compatibles con la finalidad de la retención y con el ser de los derechos a que ésta accede.

"Entendida la retención como el derecho en virtud del cual el que tiene una cosa que debe a otro está por ley autorizado para detenerla en su poder mientras que por el acreedor a su entrega no le sea satisfecha o asegurada al primero una deuda causada en relación con la misma cosa —*créditum cum re iunctum*—, es incuestionable que tal retención, como simple medida coactiva que por ministerio de la ley tiene el retenedor en procura del pago de su crédito, no puede conferirle el poder de disfrutar de la cosa, lo que implicaría un abuso.

"Pero si el derecho esencial del retenedor como tal consiste en la facultad de rehusar la restitución de la cosa en tanto que no se le satisfaga o asegure el pago de su respectivo crédito, dadas la indivisibilidad que tal derecho ostenta y la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es entonces lógico que haya de atribuírse al retenedor el derecho de percibir los frutos de la cosa, no para hacerlos suyos, sino para ejercer sobre ellos el mismo derecho de retención. Si así no fuera, no habría otra alternativa que la de dejar perecer los frutos, sin provecho para nadie, lo que sería contrario a la economía general, o dejar que el propietario o destinatario de la cosa entre a percibirlos, lo que haría ilusorio el derecho de retención, pues que el dueño o destinatario, al ejercer sobre el bien las ventajas de su goce, además de estorbar al retenedor en el ejercicio de tal derecho, no tendría estímulo alguno para procurar el pago

de la deuda a favor de éste". (XCI. 2217 a 2219. 908. 2ª).

5. Las tierras abiertas al cultivo son eminentemente fructíferas, así sea por el beneficio directo de los frutos naturales como por el indirecto de los frutos civiles expresados en dinero como precio de arrendamiento. Lo cual conduce a demostrar de plano: 1. Que si el objeto de la retención consiste en terrenos cultivados, los frutos hubieron de producirse, salvo prueba en contrario allegada al juicio por quien ha tenido la cosa en su poder; 2. Que a partir de la formación del vínculo jurídico procesal restitutorio, no es cuestión de prueba, puesto que por ley se deben los frutos no sólo percibidos sino los que hubieran debido producirse con mediana inteligencia y actividad, aunque haya habido buena fe en quien debe restituír como consecuencia del fallo; 3. Que no es inequitativa ni inadecuada en derecho la valoración líquida de los frutos naturales si se aprecia por la estimación de los cánones de arrendamiento que como frutos civiles se hubieran derivado del respectivo predio.

6. Tan razonable para calcular la utilidad de que estuvo privado el dueño es el criterio de medir el importe neto en dinero de los frutos naturalmente percibidos o que debieron percibirse en determinado negocio de campo, como el de estimar el precio corriente del arrendamiento que se hubiera pagado por esas tierras. Sólo que el disfrute directo o indirecto está a voluntad del dueño, y por ello hace uso de su derecho si pide que en las restituciones se decrete el pago de los frutos civiles en vez de los frutos naturales que debieron producirse con mediana inteligencia y actividad.

7. En el presente juicio se contempla la situación de José Antonio Moreno que, condenado a restituírle a Luis Enrique Guzmán el predio de *La Gonzalia,* goza de la garantía legal de retención hasta ser desinteresado del crédito de $ 30.088 por causa de mejoras. Pero como a su turno responde por el valor de los frutos a partir del día en que se formó el vínculo procesal del juicio restitutorio, sólo se trata en justicia y en derecho de liquidar por compensación las prestaciones recíprocas entre las partes a fin de que el dueño pueda recobrar el objeto que le pertenece. Que fue lo resuelto por el sentenciador, sin censura valedera en el recurso extraordinario.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 26 de enero de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

No aparecen costas causadas en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA LEGITIMACION VOLUNTARIA

Es acto solemne con entidad propia, que debe notificarse al beneficiado. Causal 6ª de casación. El supuesto del artículo 79 de la Ley 63 de 1936. Referencia de la ley civil a las leyes canónicas.

1. Está circunscrita la causal 6ª de casación a los motivos de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, siempre que "no haya sido saneada en conformidad con la ley". Tales motivos de invalidez no son otros que 1. La incompetencia de jurisdicción; 2. La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, y 3. La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Se trata, en realidad, de tres situaciones en que sería vulnerada la garantía constitucional de juzgamiento ante juez competente con la observancia plena de las formas propias de cada juicio, si no se decretara la nulidad de lo actuado con aquellos vacíos sustanciales. No obstante, por su carácter estricto, el régimen jurídico de las nulidades no es suseeptible de interpretación extensiva y menos de aplicación por analogía. Con mayor énfasis en el ámbito extraordinario y también estricto del recurso de casación.

2. El supuesto del artículo 79 de la Ley 63 de 1936 corresponde a que en curso algún litigio o gestión administrativa fallezca una de las partes y alguien se apersone en su lugar como sucesor o representante. Lo cual no puede confundirse ni equipararse con la hipótesis del litigio sobre exclusión o rango preferente para recibir cierta herencia, porque se discuta el estado civil y la consecuencial vocación de una persona. Ello repercutirá ciertamente en el campo sucesorio, mas no en detrimento posible de los intereses fiscales encomendados al Síndico Recaudador de impuestos, quien hará siempre la liquidación en conformidad con el orden hereditario prevaleciente y a la tarifa respectiva, cualquiera sea el resultado de la litis, que por la justicia señala el objeto gravable. No cuando hay posibilidad de que por fuera de la liquidación venga a quedar el evento favorable del pleito o gestión administrativa en que el difunto fuese parte, o sea el interés protegido por el artículo 79.

3. No es de competencia de la justicia civil la tarea de señalar hasta dónde se extiende la potestad legislativa de los señores Obispos en sus Diócesis o de las Conferencias Episcopales en cuanto repecta a toda la Iglesia en Colombia. Menos aún competería a los jueces civiles el papel de medir y valorar si las ordenanzas o decretos de los señores Obispos colombianos reunidos en asamblea para resolver sobre puntos que atañen a su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, están amparados y armonizan o pugnan con las leyes promulgadas para la Iglesia universal por autoridad de los Concilios Ecuménicos. Se invadirían los fueros de la Iglesia, cuya libertad e independencia de la potestad civil, con capacidad de gobernarse y administrarse por sus propias leyes y de ejercer su autoridad espiritual y su jurisdicción canónica, como persona jurídica perfecta y soberana de derecho público, se hallan garantizadas por las leyes civiles y muy concretamente por la 35 de 1888, aprobatoria del Concordato con la Santa Sede, superior en rango y estabilidad a las propias leyes comunes.

En aquellas materias en que el Estado colombiano defiere a las normas canónicas, la referencia es simplemente formal o no recepticia, por cuanto rige el imperativo consignado en el artículo 3º del Concordato, como ya lo fuera por el 16 de la Ley 153 de 1887, de que "la le-

gislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

De esta manera, como se halla explicado por la Corte en fallo de casación del 15 de mayo de 1954 (LXXVII, 2141, 579), el derecho eclesiástico no pierde su vida y entidad propias, ni sufre las interferencias del derecho civil como cuando se incorpora en este último por recepción material, a título de parte integrante de las leyes del Estado para seguir la suerte laica en su doctrina, jurisprudencia y campo de aplicación. Antes bien, las normas eclesiásticas conservan su propia autonomía, y el reenvío a ellas por la ley civil las respeta solemnemente, sin inmiscuirse en sus ordenamientos, y son aplicadas por las jurisdicciones del Estado para los casos determinados y en las materias previstas especialmente por la referencia formal no recepticia.

4. De los hijos legitimados, como institución civil, trata el Título XI, Libro I del Código. También lo es el matrimonio, en conformidad con el Título IV del mismo Libro. Pero si para el matrimonio que "deberán celebrar todos los que profesan la religión católica" hay referencia formal a su celebración "de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento", no existe referencia igual en cuanto a la legitimación de los hijos, cuyos efectos civiles se rigen por las leyes comunes.

No sería posible confundir el matrimonio de los padres como condición necesaria para que la legitimación de los hijos se efectúe en todas las hipótesis, así sea ipso iure o voluntaria, con la legitimación en sí misma. Es de normal ocurrencia el matrimonio que procrea hijos legítimos, sin haber legitimado a ninguno. De donde la legitimación tiene entidad jurídica propia, emanada directamente de la ley, o sólo como consecuencia de la voluntad autónoma de los padres, quienes en este último supuesto pueden concederla o negarla a su albedrío, en conformidad con las normas civiles.

Cuando se trata de hijos concebidos antes y nacidos después del matrimonio, o de los hijos naturales de ambos cónyuges, de la prueba del hecho del nacimiento después de las nupcias, o del reconocimiento o declaración judicial eficaz en derecho, emerge la legitimación de los hijos por ministerio de la ley. Pero para los procreados con anterioridad al matrimonio, fuera de las dos hipótesis antedichas, la legitimación no surge sino de la declaración de voluntad de los padres que se casan; y entonces el medio ad solemnitatem, a un tiempo prueba del acto formal, no es otro que el acta de matrimonio o la escritura pública.

Se contempla así un acto solemne en ambas hipótesis de legitimación voluntaria. El acta de matrimonio y la escritura pública para llenar las formalidades ad substantiam se hallan equiparadas por el artículo 239 del Código Civil. Y tanto la una como la otra exigen elementalmente la firma de quienes otorgan un acto solemne de su espontánea voluntad. Para la escritura pública está prescrito por el artículo 2586, y para el acta de matrimonio por el artículo 135 del Código Civil.

De manera que en cuanto a la necesidad primordial de que el acto de legitimación en el acta de matrimonio vaya firmado por quienes lo otorgan, las doctrinas de la Corte acerca de lo dispuesto armónicamente por las Conferencias Episcopales de 1913 y 1927, no han hecho otra cosa que extraer lo que implícita, pero con bastante claridad, estatuye el artículo 239 en correlación con el 135 del Código Civil, cuando equipara el acta de matrimonio y la escritura pública para el cumplimiento de las solemnidades externas exigidas ad substantiam, a fin de que el acto de legitimar hijos voluntariamente se perfeccione en derecho civil.

Manda, en efecto, el artículo 135 cuando organiza la celebración del matrimonio:

"En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el Juez y su secretario; con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio".

Todo ello se corrobora por el artículo 240 al ordenar que el 'instrumento público' en que la legitimación voluntaria se hace, debe notificarse al beneficiado. De suerte que como la aceptación expresa siempre es solemne, por instrumento público que necesariamente va firmado por el otorgante, y lo mismo sucede con la repudiación en su caso (243), que es lo subordinado, no cabe en simetría jurídica prescindir de la firma de los otorgantes en el lleno de la solemnidad para el acto de la legitimación, que es lo subordinante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta (30) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez).

Por vía ordinaria Santiago, María, Gloria Elvira, Stella y Luisa Margarita Moore Garzón demandaron a Margarita Quiroga o Moore para que se declarara que "no tiene la calidad de hija legítima, legitimada, ni natural" del fallecido Juan Francisco Moore Chávez, ni por consiguiente la de sobrina de Alejandrina Moore Chávez; que en consecuencia carece de eficacia el reconocimiento de heredera que como sobrina de la causante se le hizo a Margarita Quiroga por auto del 5 de diciembre de 1957 en el juicio sucesorio de Alejandrina Moore Chávez, y que la demandada no tiene derecho alguno de concurrir con los demandantes en ese haber hereditario. Todo aparte de la condenación en costas.

En subsidio, la parte actora suplicó que se declarara su derecho prevaleciente con respecto a la demandada sobre el haber hereditario de Alejandrina Moore Chávez, y en particular sobre el inmueble número 7-11 de la carrera 11 de Bogotá, identificado en el hecho 19 del libelo; y que en consecuencia la demandada está en la obligación de restituír a los demandantes los bienes hereditarios, como herederos de mejor derecho, especialmente el referido inmueble, junto con los frutos naturales y civiles.

La causa para pedir radica esencialmente en que cuando Margarita Quiroga o Moore nació el 16 de febrero de 1914 sus padres Juan Francisco Moore Chávez y Paulina Quiroga no estaban casados, puesto que su matrimonio fue contraído el 8 de diciembre de 1923; en que ni antes ni después ha sido reconocida como hija natural de Juan Francisco, ni está legitimada, aunque en la partida de matrimonio "el párroco, bajo la responsabilidad exclusiva de su firma, declara como legitimada por los contrayentes a la demandada en este juicio, Margarita Quiroga o Moore Quiroga..."

Previo emplazamiento, a la demandada se le designó curador *ad litem*, quien dio respuesta; pero los trámites continuaron con el apoderado que Margarita designara después.

El Juez del conocimiento, 10º Civil del Circuito de Bogotá, puso fin al pleito en primera instancia el 15 de junio de 1959 con fallo que resolvió:

"1º Declárase que la demandada señorita Margarita Quiroga, hija de la señora Paulina Quiroga de Moore y nacida el 16 de febrero de 1914, no es hija legítima, legitimada ni natural del señor Juan Francisco Moore Chávez, hermano legítimo de la causante señorita Alejandrina Moore Chávez y que, por consiguiente, la demandada no es sobrina de dicha causante.

"2º Declárase que carece valor (sic) y efectos legales el reconocimiento de heredera que se hizo a la demandada Margarita Quiroga o Moore Quiroga, de la causante Alejandrina Moore Chávez, en el juicio de sucesión de ésta por auto de 5 de diciembre de 1957.

"3º Como consecuencia, declárase que la demandada Margarita Quiroga o Moore Quiroga, no tiene derecho a los bienes sucesorales de la causante Alejandrina Moore Chávez, en concurrencia con los herederos reconocidos en el juicio de sucesión, señores Santiago, María, Gloria Elvira, Stella y Margarita Moore Garzón.

"4º Condénase en las costas de este juicio a la parte demandada. Tásense".

Por apelación de la demandada fue abierto el segundo grado procesal, que terminó con sentencia confirmatoria del 25 de marzo de 1961, contra la cual fue interpuesto y sustentado en oportunidad el recurso de casación que la Corte decide.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Dedujo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que "la controversia se reduce a definir si por no haberse firmado por los contrayentes del matrimonio la partida en que este acto solemne consta no alcanzó la señorita Margarita la calidad de hija legitimada". Y considera:

"Es cierto que conforme al derecho canónico anterior al año de 1913, para la legitimación de hijos en el acta de matrimonio posterior de sus padres, no se requería que ésta fuera firmada por los contrayentes, como que ninguna de las disposiciones del derecho canónico lo exigía. Mas hoy día en virtud de las normas de la Conferencia Episcopal de 1913, ratificadas por las de 1927, para que la legitimación se produzca se requiere que los contrayentes firmen el acta del matrimonio".

Se refiere a la jurisprudencia de la Corte, y al efecto extrae del fallo de 20 de mayo de 1942 los siguientes apartes:

'Según la jurisprudencia de la Corte, constante y uniforme en este punto, hasta el año de 1913 no era necesario que los contrayentes firmaran el acta de matrimonio eclesiástico en que dejaban constancia de que legitimaban determinados hijos. Bastaba que el acta llevara la firma del párroco ante quien se celebraba el matrimonio'. El asunto fue especial y detalladamente estudiado en la sentencia de fecha 25

de julio de 1923, en la cual la Corte fijó la siguiente doctrina:

"1º Que las partidas de matrimonio católico, extendidas en la forma prescrita por la ley canónica, son documentos legalmente aptos para contener la manifestación de legitimación que deben hacer los contrayentes con arreglo al artículo 239 del Código Civil.

"2º Que las partidas eclesiásticas de matrimonio católico son documentos públicos y auténticos, ya en razón de haberlas asimilado la ley a las actas del estado civil determinadas en el Título 20, Libro 1º del Código Civil, las cuales son tales (artículo 678 del Código Judicial), ya en virtud del Concordato que, no obstante proceder ellas de la potestad eclesiástica, les otorgó valor civil y se regulan entonces por el principio de pruebas judiciales de que los requisitos de fondo —*decisoria litis*— se determinan por la ley de origen; y como en derecho canónico las partidas de matrimonio religioso extendidas en debida forma son documentos auténticos (canon 1815) en tal carácter deben estimarse también por los tribunales civiles.

"Estos antecedentes indican la solución que en el presente caso debe darse a la cuestión de si el testimonio del párroco expresado bajo su sola firma en un acta de matrimonio religioso, acerca de que los contrayentes hicieron en su presencia la manifestación de que legitimaban a sus hijos, es prueba completa de este acto.

"La legitimación es un acto que confiere al hijo el estado civil de legítimo, y el estado civil se comprueba, según el artículo 347, con el acta del respectivo estado.

"Y no es exacto como lo afirma el Tribunal que el testimonio del párroco consignado en el acta de matrimonio acerca de la manifestación de los cónyuges de que legitiman la prole, sea prueba insuficiente de la legitimación y que se requiera la firma de los contrayentes. Si las partidas eclesiásticas son documentos auténticos, según se deja sentado, participan, por lo mismo, de la condición de que el funcionario que las extiende puede atestiguar con fe pública los actos que en su presencia se verifican y que su testimonio sea fehaciente.

"Por otra parte, adoptadas por la ley civil como pruebas auténticas las partidas eclesiásticas tales como en materia de requisitos externos prescribe la ley canónica, en esta misma forma tienen que aceptarse por los tribunales civiles.

"Hoy día la firma de los contrayentes es requisito que exige el derecho canónico especial de Colombia, según ordenanza de la Conferencia Episcopal de 1913, pero antes no se exigía y no era dable que las partes pusiesen su firma". (XXX. p. 116, 2ª).

'Esa misma doctrina sostuvo la Corte posteriormente, en otras sentencias, para aceptar las legitimaciones verificadas antes de 1913. A partir de este año es indispensable que los contrayentes que legitiman hijos en el acto del matrimonio eclesiástico firmen el acta correspondiente, por virtud de lo estatuído en la ordenanza expedida por la Conferencia Episcopal de 1913, que fue luego ratificada por Decreto de 28 de octubre de 1927, dictado por la Conferencia Episcopal de dicho año'. (G. J. Nº 1989, p. 73).

Y concluye el sentenciador, así:

"Siendo, pues, la anterior doctrina la imperante sobre la cuestión *sub lite* y con la cual está este Tribunal en un todo de acuerdo, se concluye que la demandada señorita Margarita Quiroga o Moore Quiroga no quedó legalmente legitimada por el subsiguiente matrimonio de sus padres por no haber sido firmada por éstos el acta respectiva. Y como ella nació antes de dicho matrimonio, tampoco tiene el carácter de hija legítima ni en los autos se halla demostrado que la misma haya sido legitimada por escritura pública, ni que sea hija natural de su pretendido padre Juan Francisco Moore Chávez".

LA IMPUGNACION

Primer cargo. Viene formulado por la causal 6ª, y se apoya en el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, que impone a todo funcionario del orden judicial o administrativo "ante quien cursen asuntos distintos del juicio mortuorio mismo, en los cuales alguien se haya apersonado como representante o sucesor de un litigante o gestor en virtud de la muerte de éste" el deber de "ordenar que se dé aviso escrito y circunstanciado al Juez de la causa mortuoria y al Síndico Recaudador que deba intervenir en ésta, inmediatamente que tenga conocimiento de la defunción aludida, y en el mismo auto en que se sustancie la solicitud para que se reconozca a dicho representante o sucesor. Es nula la actuación judicial que se adelante en contravención de este artículo, sin perjuicio de las sanciones en que incurra el Juez contraventor".

Y dice el recurrente:

"Como está ejecutoriado el auto que ordenó comunicar al Síndico Recaudador del Impuesto

de Sucesiones la existencia de la demanda y tal orden no fue cumplida, ha resultado 'nula la actuación judicial que se viene adelantando en contravención del artículo citado' y así lo reconocerá la Corte con base en la causal 6ª de casación que he alegado y en lo que establece el artículo 448 del Código Judicial.

"Como el actor estuvo de acuerdo desde la demanda en que había que citar al Síndico a darle el aviso ordenado por el texto legal transcrito; como el Juez en aquel auto ejecutoriado también estuvo de acuerdo en dar ese aviso; como a la parte que represento también le parece que debía procederse de conformidad con la ley citada en la demanda, o sea la 63 de 1936, supongo que no habrá lugar a hacer interpretaciones para reconocer la nulidad que invoco como causal de casación, por estar todos conformes con la necesidad de esa citación".

SE CONSIDERA:

1. Está circunscrita la causal 6ª de casación a los motivos de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, siempre que "no haya sido saneada en conformidad con la ley". Tales motivos de invalidez no son otros que 1. La incompetencia de jurisdicción; 2. La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, y 3. La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Se trata, en realidad, de tres situaciones en que sería vulnerada la garantía constitucional de juzgamiento ante Juez competente con la observancia plena de las formas propias de cada juicio, si no se decretara la nulidad de lo actuado con aquellos vacíos sustanciales. No obstante, por su carácter estricto, el régimen jurídico de las nulidades no es susceptible de interpretación extensiva y menos de aplicación por analogía. Con mayor énfasis en el ámbito extraordinario y también estricto del recurso de casación.

2. El supuesto del citado artículo 79 de la Ley 63 de 1936 corresponde a que en curso algún litigio o gestión administrativa fallezca una de las partes y alguien se apersone en su lugar como sucesor o representante. Lo cual no puede confundirse ni equipararse con la hipótesis del litigio sobre exclusión o rango preferente para recibir cierta herencia, porque se discuta el estado civil y la consecuencial vocación de una persona. Ello repercutirá ciertamente en el campo sucesorio, mas no en detrimento posible de los intereses fiscales encomendados al Síndico Recaudador de impuestos, quien hará siempre la liquidación en conformidad con el orden hereditario prevaleciente y a la tarifa respectiva, cualquiera sea el resultado de la litis, que por la justicia señala el objeto gravable. No cuando hay posibilidad de que por fuera de la liquidación venga a quedar el evento favorable del pleito o gestión administrativa en que el difunto fuese parte, o sea el interés protegido por el artículo 79.

Lo cual significa que el reparo no puede prosperar.

Segundo cargo. Se apoya en la causal 1ª, y consiste en violación del artículo 239 del Código Civil, porque en sentir del recurrente para que se verifique la legitimación allí prevista, es innecesario que los padres firmen el acta de matrimonio.

Al respecto expone que el derecho canónico es más liberal que el derecho civil colombiano, puesto que "la Iglesia tiene por legitimados *ipso iure* a los hijos nacidos antes del matrimonio, por la sola virtud de este sacramento".

"Es — dice — la dicha que proporciona la Iglesia a los padres al elevar la condición humana de seres inocentes por cuya ventura han de laborar sus autores; es un manto protector que extiende la Iglesia a todos los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio como efecto del vínculo santificante del matrimonio. La Iglesia no da oportunidad a los padres de establecer distingos entre los hijos de los contrayentes para el efecto de la legitimación, como sí lo hace inhumanamente nuestra ley civil. La Iglesia no le pregunta a los padres si quieren legitimar a todos sus hijos o sólo a alguno de ellos, como sí lo hace nuestro Código Civil; ella extiende su bendición a todos los hijos, sin firmas de actas porque el mismo Concilio de Trento al referirse a la prueba del matrimonio apenas recomienda a los párrocos que presencian los matrimonios que lleven sus libros en forma cuidadosa, como corresponde a la importancia de los actos que presencian y de los sacramentos que administran.

"Es, pues, evidente, que doña Margarita Moore, mi mandante es hija legítima de sus padres a los ojos de la Iglesia Católica, y por eso resulta absurdo que a nombre del derecho canónico se le trate de vulnerar ese derecho.

"La misma Corte de casación nuestra dijo en la sentencia de diciembre 15 de 1941 lo siguiente:

'Según las normas del dereho canónico los hijos habidos por personas libres y que después en cualquier tiempo se casen entre sí, quedan legitimados y este es un efecto canónico de dicho matrimonio; pero la ley civil no reconoce tal efecto, porque la legitimación se rige únicamente por los preceptos del Código Civil. Esto lleva a la conclusión de que los efectos canónicos del matrimonio no producen siempre efectos civiles, y ese fenómeno no se verifica sino cuando la ley civil expresamente lo establece'.

"¿Conque para rendirle culto al derecho canónico hay necesidad de que los contrayentes firmen el acta matrimonial, y para rendirle pleitesía hay que negarle a Margarita Moore su condición de hija legítima o legitimada, que es lo mismo, no obstante que según el derecho canónico la legitimación se produce en tal derecho por ministerio del matrimonio? Imposible que Colombia persevere en tal incongruencia, e imposible que teniendo que respetar el derecho canónico se atreva a decir por los órganos del Estado que ante el derecho canónico no se es hijo legitimado si no se firma por los contrayentes el acto (sic) del matrimonio. Eso no, porque sería una intromisión indebida del Estado en los fueros de la Iglesia y una violación directa de ese mismo derecho canónico, en que el acta del matrimonio no requiere sino su colocación en los libros eclesiásticos del estado civil, en su orden y bajo la atención y solicitud de los párrocos, como en forma sencilla y eficaz lo prescribe el Concilio Tridentino.

"En razón de que en nuestro derecho civil se discutía si las actas de matrimonio en que aparecían legitimaciones debían estar autorizadas por los contrayentes, la Conferencia Episcopal de 1913 recomendó a los párrocos que hicieran firmar el acta por los desposados, como aliviando a nuestros tribunales civiles en la futura tarea de resolver sobre las legitimaciones posteriores a esa recomendación.

"La misma inspiración tiene el artículo 7º del Decreto de octubre 28 de 1927 de la Conferencia Episcopal 'sobre subsanación de errores u omisiones en los registros parroquiales', en cuanto, apartándose de lo anunciado en el epígrafe, dispone que los señores Curas están obligados a averiguar si los hijos pueden ser legitimados; a declarar que los padres manifestaron la voluntad de legitimar a los hijos en cuestión; a poner el nombre de los hijos que van a ser legitimados y hacer que los contrayentes firmen el acta de matrimonio.

"Nada de esto —continúa el recurrente— exige el derecho canónico, porque en él la legitimación no es fruto de la declaración de los padres sino de la virtud del matrimonio; de modo que la Conferencia Episcopal colombiana no estaba alterando el derecho canónico; ella no dijo que a falta de esas firmas y declaraciones paternales, la legitimación era ineficaz, ni podía decirlo porque a ello se oponen la doctrina sapientísima de la Iglesia expresada en su canon 1114; ni siquiera le impuso sanción al párroco que no lograra esas firmas ni podía imponérsela porque el Cura no puede *manu militari* obtener el cumplimiento de esa obligación, máxime tratándose de contrayentes que tienen coche, tren o avión a la puerta para volar a su luna de miel.

"Por eso me siento persuadido de que el Decreto Episcopal citado miraba a nuestros tribunales y a nuestras discusiones de carácter civil sobre la prueba de la legitimación; no contemplaba problemas probatorios de derecho canónico; no reformaba los cánones compilados bajo el pontificado de Benedicto XV; no buscaba hacer más desventurada la condición de los hijos legitimados exigiendo declaraciones y firmas con miras a efectos religiosos. No; buscaba favorecer ante los tribunales civiles de Colombia a los hijos nacidos antes del matrimonio, exhortando a los párrocos a exigir firmas. Son los escribas los encargados de convertir el celo episcopal en arma contra los hijos".

En este orden de ideas el libelo alega: que la ley civil "nunca ha exigido la firma de los contrayentes en la partida de matrimonio ni aun en el caso de que haya declaraciones paternales sobre legitimación", ya que la sola lectura del artículo 239 así lo demuestra; que al casarse, los padres designan los hijos que legitiman y esto se inserta en la partida, que no necesita sino la firma del párroco; que si en derecho canónico el acta por sí sola demuestra la legitimación y vale sin la firma de los contrayentes, lo mismo que en derecho civil, aunque contenga legitimaciones, es porque hay conformidad entre los dos derechos.

Y refuerza su argumentación: a) En el sentido de que lo contrario significaría la necesidad de que primero se declarara la invalidez del matrimonio, porque precisamente el acta respectiva es la que nada vale sin la firma del párroco, de donde surgiría como perentoria la excepción de petición antes de tiempo, porque en este juicio no se ataca el matrimonio sino la legitimación "siendo así que el artículo 7º del Decreto

de 1927 y lo dicho en 1913 por la Conferencia Episcopal ordena que el acta del matrimonio, en caso de legitimaciones, vaya firmada por los *contrayentes''*; b) En cuanto la Conferencia Episcopal no señala sanciones para el párroco que no obtenga aquellas firmas, a pesar del canon 2384 que confiere al Ordinario la facultad de castigar según la gravedad de la falta, al párroco que no lleva o no guarda con diligencia los libros parroquiales, y cuando no es a los hijos a quienes se castiga sino la incuria del párroco; c) En razón de que como ''no está dentro de la potestad de ninguna Conferencia Episcopal alterar el derecho canónico, el suponer que la falta de firma de los padres legitimantes anula la legitimidad, dejando válido el matrimonio, va contra lo estipulado en el canon 1116, que dice: 'Por el subsiguiente matrimonio de los padres, sea verdadero o putativo, tanto si se contrae entonces como si se convalida, aunque no llegue a consumarse, se ligitima la prole, con tal que los padres hayan sido hábiles para contraer matrimonio entre sí en el tiempo en que aquélla fue concebida o durante su gestación o cuando nació'; d) Porque, entonces, lo resuelto por las Conferencias Episcopales de 1913 y 1927 es una simple recomendación, que no es orden ni ley, sobre la necesidad de aquellas firmas; y e) Porque además ''si el anhelo de deteriorar la condición de los hijos, seres absolutamente inocentes, prevalece sobre lo dicho, será que se reconoce que la Conferencia Episcopal tenía derecho de modificar las leyes civiles de Colombia, ya que el derecho canónico es contrario a lo que dispuso la Conferencia. Será porque se confiere a la Conferencia la facultad de adicionar el artículo 239 del Código Civil haciéndole decir a éste que el acta de matrimonio de que él trata debe llevar la firma de los contrayentes''.

Añade que ''Margarita Moore es hija legítima a los ojos de la Iglesia según el canon arriba citado; y esto porque, al decir de mis adversarios en esta materia, la ley de origen debe prevalecer sobre nuestro derecho'', cuando el derecho canónico no es ley extranjera sino universal; y que, en fin, el haber reconocido ''el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 a las partidas de origen eclesiástico la fe debida a cualquier instrumento público'' significa referencia a las partidas parroquiales tal como existían cuando la ley se dictó. Pero que ''si ha de aceptarse que la fe prestada a esas partidas debe seguir los vaivenes de las Conferencias Episcopales o del mismo derecho canónico, se tendría sometido nuestro Código Civil a reformas episcopales, sin que ello pueda compaginarse con el canon constitucional que hace del derecho canónico una legislación independiente de la civil''.

Y al remate el recurrente expresa:

''Como me he referido a lo que legisló el Concilio de Trento sobre las actas matrimoniales, séame permitido copiar lo pertinente tomado de las páginas 308 y 309 de la edición de 1860 de 'El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento' traducido al castellano por D. Ignacio López de Ayala, dado a la luz pública en París el año de 1860. Dice así:

'Tenga el párroco un libro en que escriba los nombres de los contrayentes y de los testigos, el día y el lugar en que se contrajo el matrimonio, y guarde él mismo cuidadosamente este libro'.

''Ni siquiera pidió el Concilio la firma del párroco que bendijo el matrimonio; por eso el artículo 22 tantas veces citado le dispensa plena confianza a las certificaciones de los párrocos que expiden las copias, pues lo que nuestra ley quiere es que tal párroco certifique que es cierto que en el libro que el Concilio ordenó llevar, existe la partida que copia. Así estaban las cosas cuando se expidió el artículo 17 de la Ley 35 de 1888, que establece que el matrimonio que deberán celebrar los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebra de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento''.

Así estima violados este artículo 17, además de los artículos 239, 392 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887, y 632 del Código Judicial.

SE CONSIDERA:

3. No es de competencia de la justicia civil la tarea de señalar hasta dónde se extiende la potestad legislativa de los señores Obispos en sus diócesis o de las Conferencias Episcopales en cuanto respecta a toda la Iglesia en Colombia. Menos aún competería a los jueces civiles el papel de medir y valorar si las ordenanzas o decretos de los señores Obispos colombianos reunidos en asamblea para resolver sobre puntos que atañen a su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, están amparados y armonizan o pugnan con las leyes promulgadas para la Iglesia universal por autoridad de los Concilios Ecuménicos. Se invadirían los fueros de la Iglesia, cuya libertad e independencia de la potestad civil, con capacidad de gobernarse y administrarse por sus propias leyes y de ejer-

cer su autoridad espiritual y su jurisdicción canónica, como persona jurídica perfecta y soberana del derecho público, se hallan garantidas por las leyes civiles y muy concretamente por la 35 de 1888, aprobatoria del Concordato con la Santa Sede, superior en rango y estabilidad a las propias leyes comunes.

4. En aquellas materias en que el Estado colombiano defiere a las normas canónicas, la referencia es simplemente formal o no recepticia, por cuanto rige el imperativo consignado en el artículo 3º del Concordato, como ya lo fuera por el 16 de la Ley 153 de 1887, de que "la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

De esta manera, como se halla explicado por la Corte en fallo de casación del 15 de mayo de 1954 (LXXVII. 2141, 579), el derecho eclesiástico no pierde su vida y entidad propias, ni sufre las interferencias del derecho civil como cuando se incorpora en este último por recepción material, a título de parte integrante de las leyes del Estado para seguir la suerte laica en su doctrina, jurisprudencia y campo de aplicación. Antes bien, las normas eclesiásticas conservan su propia autonomía, y el reenvío a ellas por la ley civil las respeta solemnemente, sin inmiscuirse en sus ordenamientos, y son aplicadas por las jurisdicciones del Estado para los casos determinados y en las materias previstas especialmente por la referencia formal no recepticia.

5. De los hijos legitimados, como institución civil, trata el Título XI, Libro I del Código. También lo es el matrimonio, en conformidad con el Título IV del mismo Libro. Pero si para el matrimonio que "deberán celebrar todos los que profesan la religión católica" hay referencia formal a su celebración "de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento", no existe referencia igual en cuanto a la legitimación de los hijos, cuyos efectos civiles se rigen por las leyes comunes.

6. No sería posible confundir el matrimonio de los padres como condición necesaria para que la legitimación de los hijos se efectúe en todas las hipótesis, así sea *ipso iure* o voluntaria, con la legitimación en sí misma. Es de normal ocurrencia el matrimonio que procrea hijos legítimos, sin haber legitimado a ninguno. De donde la legitimación tiene entidad jurídica propia, emanada directamente de la ley, o sólo como consecuencia de la voluntad autónoma de los padres, quienes en este último supuesto pueden concederla o negarla a su albedrío, en conformidad con las normas civiles.

7. Cuando se trata de hijos concebidos antes y nacidos después del matrimonio, o de los hijos naturales de ambos cónyuges, de la prueba del hecho del nacimiento después de las nupcias, o del reconocimiento o declaración judicial eficaz en derecho, emerge la legitimación de los hijos por ministerio de la ley. Pero para los procreados con anterioridad al matrimonio, fuera de las dos hipótesis antedichas, la legitimación no surge sino de la declaración de voluntad de los padres que se casan; y entonces el medio *ad solemnitatem,* a un tiempo prueba del acto formal, no es otro que el acta de matrimonio o la escritura pública.

8. Se contempla así un acto solemne en ambas hipótesis de legitimación voluntaria. El acta de matrimonio y la escritura pública para llenar las formalidades *ad substantiam* se hallan equiparadas por el artículo 239 del Código Civil. Y tanto la una como la otra exigen elementalmente la firma de quienes otorgan un acto solemne de su espontánea voluntad. Para la escritura pública está prescrito por el artículo 2586, y para el acta de matrimonio por el artículo 135 del Código Civil.

De manera que en cuanto a la necesidad primordial de que el *acto* de legitimación en el *acta* de matrimonio vaya firmado por quienes lo otorgan, las doctrinas de la Corte acerca de lo dispuesto armónicamente por las Conferencias Episcopales de 1913 y 1927, no han hecho otra cosa que extraer lo que implícita, pero con bastante claridad, estatuye el artículo 239 en correlación con el 135 del Código Civil, cuando equipara el acta de matrimonio y la escritura pública para el cumplimiento de las solemnidades externas exigidas *ad substantiam,* a fin de que el acto de legitimar hijos voluntariamente se perfeccione en derecho civil.

Manda, en efecto, el artículo 135 cuando organiza la celebración del matrimonio:

"En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el Juez y su secretario; con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio".

9. Todo ello se corrobora por el artículo 240 al ordenar que el "instrumento público" en que la legitimación voluntaria se hace, debe notificarse al beneficiado. De suerte que como la aceptación expresa siempre es *solemne,* por instrumento público que necesariamente va firmado

por el otorgante, y lo mismo sucede con la repudiación en su caso (243), que es lo subordinado, no cabe en simetría jurídica prescindir de la firma de los otorgantes en el lleno de la solemnidad para el acto de la legitimación, que es lo subordinante.

Así lo entendió el sentenciador conforme a derecho.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco (25) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961) proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

TESTAMENTO

Cuando el testador atribuye a sus herederos especies determinadas, la asignación singular se imputará a la universal. La incongruencia no tiene cabida en la parte motiva del fallo. Bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge que reclama un bien como suyo, debe demostrarlo. Restricción probatoria para quienes como herederos o continuadores de una persona impugnan por simulación los contratos celebrados por ella. Prueba escrita. A quien alega imposibilidad de obtenerla corresponde probarlo.

1. La incongruencia, como lo tiene consagrado la doctrina, no tiene cabida en materia de motivación, ya que sólo puede encontrarse en lo resolutivo del fallo, cuando éste es o excesivo: ultra petita **o impertinente:** extra petita **u omiso:** mínima petita, **pero jamás cuando es totalmente absolutorio, porque entonces provee en tal forma sobre todos los aspectos de la litis.**

2. El artículo 1795 Código Civil, acogiéndose a los hechos que suele crear la unión matrimonial, presume que todos los bienes, corporales e incorporales, muebles e inmuebles, que existan en poder de cualquiera de los cónyuges, al momento de disolverse la sociedad conyugal, pertenecen a ésta, a menos que sea patente o se demuestre lo contrario. Consagra una presunción juris tantum, **que le impone al cónyuge que reclama un bien como exclusivamente suyo o al tercero que le atribuye ese carácter, la carga de demostrar su aserto; y a este fin, si se trata de un inmueble, tendrá que acreditarse, ya el hecho de haberlo aportado aquél al matrimonio, ya el de haberlo adquirido durante la sociedad, a cualquier título excluyente de la misma, como donación entre vivos, legado, herencia, subrogación real, accesión o hallazgo.**

Mas, así como el cónyuge interesado en ello no tiene para qué empeñarse en un proceso eliminatorio de la presunción, cuando está de manifiesto que el bien de que se trata es de su pertenencia exclusiva, —como si sosteniendo que hubo un inmueble por donación, exhibe la escritura pública contentiva de tal acto—, de igual modo, la sociedad no necesita prevalerse de la presunción, cuando su titularidad sobre un bien determinado está a la vista, formalmente constituída, verbigracia escritura pública de compra por uno de los cónyuges, de un inmueble, durante la sociedad, pues, entonces, presente el título, se impone éste como rector de la situación. Por lo mismo, el cónyuge o su causahabiente que, en este caso, pretendiera desconocer la calidad social del bien, para tomarlo como propio, tendría necesariamente que probar, no contra la presunción del artículo 1795, sino contra el título de adquisición de que dimana aquella calidad y el cual sólo podría ser desvirtuado por los medios legalmente idóneos a contrarrestar los actos de su clase.

3. La imposibilidad de obtener la prueba escrita, de que se ocupa el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 in fine, **es una cuestión de hecho, ya de orden físico, ya de orden moral, cuya demostración incumbe suministrar a quien tal imposibilidad alega y en cuya apreciación goza el juzgador de fuero discrecional, intocable en casación, salvo el caso de que en la ponderación de las pruebas del juicio vinculadas a ese punto haya él incidido en yerro de valoración legal o en error evidente de hecho, determinativos de las conclusiones del fallo.**

4. No es admisible el aserto de que los herederos del simulante, sea que obren como continuadores de su persona, esto es en nombre de la universalidad hereditaria, sea que obren como terceros, en nombre propio para defender sus asignaciones forzosas frente al acto simula-

do, gozan en todo caso de plena libertad probatoria. Si esta tesis encontró cabida en sentencia de casación de 5 de septiembre de 1957, que cita el recurrente, habiendo aparecido antes, en la de fecha 31 de octubre del año inmediatamente anterior, ella no tuvo afortunada supervivencia, pues la Corte a vuelta de poco tiempo restauró la doctrina que en este particular imperaba en agosto de 1956 y de que fue expresión culminante la sentencia de casación de 8 de junio de 1954 (LXXVII, 2142, pág. 794).

Por lo mismo, afirmó la restricción probatoria al respecto, en casación de 16 de junio de 1959, cuya doctrina está en pie (XC, 2211-2212, pág. 646).

5. Cuando el causante, haciendo uso del derecho que le reconoce el artículo 1375 del Código Civil, de hacer en el testamento la partición de sus bienes, atribuye a sus herederos, por causa y en razón de esta calidad, especies determinadas, no por ello les arrebata su título de tales, para convertirlos en simples legatarios. Ocurrirá solamente que la asignación singular se imputará a la universal, supeditada aquélla a seguir la suerte de ésta. Es así como el artículo 1052 ibídem sienta como regla general que, cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, "los que suceden a la vez por testamento y abintestato imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento...".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 18 de febrero de 1960, en el juicio ordinario seguido por Martín Roldán Tamayo y otros frente a Domingo Roldán Tamayo y otros.

I

ANTECEDENTES

Reza la escritura número 834 de 31 de octubre de 1902, otorgada ante el Notario del Circuito de Santa Rosa, en el Departamento de Antioquia, que Pastor Tamayo da en venta a María Mercedes Tamayo, casada con Juan de Dios Roldán, por el precio de dos mil pesos de ley ($ 2.000.00) que el primero tiene recibidos de la compradora, un terreno en manga, con su correspondiente casa de tapias y tejas, denominado "La Manguita de Arriba", situado en el distrito de Entrerríos y determinado por los linderos allí expresados. Se advierte que la casa en el terreno existente, fue construída por los esposos ya mencionados; y concurre a autorizar el negocio, el expresado marido de la compradora.

Fallecido el señor Juan de Dios Roldán y sin que se hubiera liquidado su causa mortuoria, su cónyuge sobreviviente, señora María Mercedes Tamayo de Roldán, otorgó testamento cerrado en el cual, luego de instituír como herederos universales a sus hijos y nietos en éste mencionados, dice hacer la partición de sus bienes, los que estima ser todos de su exclusiva propiedad, y al efecto dispone dividir materialmente el sobredicho inmueble, conforme a las instrucciones en el propio acto impartidas, ordenando determinadas asignaciones en relación con el mismo bien.

Muerta la testadora, señora Tamayo de Roldán, y abierto su testamento, adelantose con fundamento en éste el juicio de sucesión de la misma causante, hasta efectuar la diligencia de inventario y avalúo de bienes.

Después, a solicitud de uno de los hijos del matrimonio Roldán-Tamayo, llamado Domingo, se abrió el juicio de sucesión intestada del cónyuge primeramente fallecido, señor Juan de Dios Roldán, en el que se inventarió y avaluó, como perteneciente a la sociedad conyugal que existió entre este causante y la señora Mercedes Tamayo, el mismo inmueble que ella había comprado a Pastor Tamayo, mediante la citada escritura número 834 de 31 de octubre de 1902.

En uno y otro juicio de sucesión se reconocieron como herederos de ambos causantes a unas mismas personas, así: a sus hijos legítimos Miguel, Martín, Domingo, Antonio José y Bárbara y a sus nietos José Miguel, Francisco, Sara Lucía y Teresita o Teresa de Jesús Palacio Roldán, estos cuatro en representación de su madre legítima Pastora Roldán Tamayo, hija legítima de los causantes.

Habiéndose suscitado en el segundo juicio de sucesión o sea en el de Juan de Dios Roldán, un incidente sobre exclusión de bienes, tal incidente remató con auto del Tribunal Superior por el cual se niega la exclusión del dicho fundo, el que, según se dijo, fue inventariado en

este juicio como bien de la referida sociedad conyugal ilíquida.

Luego se promovió la acumulación de los dos juicios mortuorios, la que decretó el Juez del Circuito, ordenando que el de Juan de Dios se agregase al de Mercedes.

Y como falleciera el heredero Miguel Roldán Tamayo, abriose también su causa mortuoria, en la que fueron reconocidos la señora Emilia Vélez de Roldán en su condición de cónyuge sobreviviente del causante, con derecho a gananciales, y como herederos de éste, sus hijos legítimos Pedro Claver, José Javier, Miguel Angel, Gerardo Rodrigo, Mercedes Isabel, Diego de Jesús, José Virgilio, Helena de la Cruz, Juan de Dios, María del Socorro y Josué Roldán Vélez, de los cuales los cuatro últimos menores adultos.

II

EL LITIGIO

Así las cosas, parte de los interesados en la sucesión de Mercedes Tamayo de Roldán, es a saber Martín Roldán Tamayo, José Miguel, Sara Lucía, Francisco y Teresita del Niño Jesús Palacio Roldán, como herederos de aquélla, y Emilia Vélez v. de Roldán, esta última por sí y por sus hijos menores Helena, Juan de Dios, María del Socorro y Josué Roldán Vélez, en representación de la sucesión del heredero Miguel A. Roldán Tamayo, trajeron a juicio ordinario a los herederos Domingo, Antonio José y Bárbara Roldán, esta última de Lopera, en procuración de las siguientes declaraciones:

Primera. Que el inmueble de que trata la escritura pública número 834 de 31 de octubre de 1902, pasada ante el Notario del Circuito de Santa Rosa de Osos, fue adquirido gratuitamente por la señora Mercedes Tamayo de Roldán, y que el acto de que trata tal instrumento, que habla como de compraventa, es el de una verdadera donación;

Segunda. Que tal inmueble es de propiedad exclusiva de la señora Mercedes Tamayo de Roldán;

Tercera. Que la casa de habitación, construída de tapias y tejas, la adquirió, por acrecimiento al inmueble, la misma señora;

Cuarta. Que ni el fundo, ni la casa, pudieron entrar a formar parte del haber de la sociedad conyugal que ella formó con su legítimo esposo, señor Juan de Dios Roldán Jaramillo;

Quinta. Que, consecuencialmente, terreno y casa se excluyen de figurar en los inventarios de cualquier sucesión distinta de la de Mercedes Tamayo de Roldán; y

Sexta. Que los demandados deben satisfacer las costas del juicio.

Entre los HECHOS en que funda su pedimento, la parte demandante, además de los que informan la reseña atrás consignada, alegó estos otros:

Que Mercedes Tamayo de Roldán era hija del matrimonio de Pastor Tamayo con María Francisca Ruiz, del que también nacieron José María, María Dolores, Juan Ramón y Francisco Antonio Tamayo Ruiz (hecho 1º);

Que el 31 de octubre de 1902, en varios instrumentos públicos, por ante el Notario del Circuito de Santa Rosa de Osos, "pero como acto tendiente a distribuír bienes", Pastor Tamayo dijo donar a su legítima esposa (escritura número 835) y vender a sus mencionados hijos (escrituras números 832, 833 y 834) "sendos lotes de terreno, desmembrados de sus fundos, entre los cuales, según reza la número 834, enajena verdaderamente a su hija María del Carmen Mercedes Tamayo de Roldán" el inmueble conocido con el nombre de "La Manguita de Arriba", de que atrás se habló (hecho 3º);

Que "esta adquisición, con la circunstancia especialísima de que, en un mismo día, en sitio igual, ante el mismo funcionario, entre derechos cedidos a sus hijos por el mismo valor, e inferiores a dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal, es a título gratuito, porque los indicios vehementes dicen que se trató de una partición de la herencia, y por consiguiente no pudo entrar a formar parte de la sociedad conyugal" (hecho 4º);

Que la casa de tapias y teja apenas estaba en construcción, "cuando don Pastor Tamayo enajenó el terreno y, por lo tanto, accedió al inmueble, es decir, a la propiedad exclusiva de la cónyuge Tamayo de Roldán" (hecho 5º);

"Que las partes que intervinieron en el acto del 31 de octubre de 1902 no pueden actualmente darse una contraescritura, porque han fallecido" (hecho 15º); y

Que los únicos que pueden derivar algún interés, de que perdure el acto ostensible son los herederos Domingo, Bárbara y Antonio José Roldán (hecho 18).

Como DERECHO sustancial se invocan en el libelo los artículos 1782, 1783 número 3º, 1795 y 2535 inciso 2º del Código Civil.

Sin contestación formal de la demanda, pues el único de los demandados que se ocupó de es-

to, para contradecirla, lo hizo personalmente, asistido por quien no era abogado inscrito, concluyose la primera instancia, con fallo por el cual el Juez del Circuito otorga exactamente las declaraciones impetradas en el libelo.

Tramitado el segundo grado, a virtud de recurso de alzada, interpuesto por el apoderado de Domingo y Bárbara Roldán, recibió la sentencia del Tribunal Superior de fecha 18 de febrero de 1960, por la cual se REVOCA la del inferior y en su lugar se resuelve que "no se hacen las declaraciones formuladas por la parte actora en el escrito inicial de la acción".

III

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, luego de distinguir entre la simulación absoluta y la relativa, advierte que, si es una de las partes la que, por simulación en cualquiera de sus especies, ataca el acto ostensible y éste consta por escrito, no le es posible destruír la fe que él se merece, sino por medio de otro escrito equivalente o por confesión de la parte contraria o al menos mediante un principio de prueba por escrito que haga verosímil la situación que se invoca, complementado con otros medios de prueba reconocidos, pero que si es un tercero quien alega la simulación no está sujeto a semejantes restricciones probatorias; que, aunque podría suceder que el heredero de quien fue parte en un acto simulado hubiese de ser considerado como tercero, cuando la ficción fue dirigida contra sus derechos en la herencia, hipótesis en la cual el heredero obraría en nombre propio, enfrentándose a su autor, y no como continuador de su persona, sin estar por lo mismo sujeto a restricciones probatorias, ese no es el caso contemplado en este pleito, en el que son herederos de la parte que aparece como compradora en la escritura número 834, quienes afirman que la compraventa que este instrumento reza es simulada y que lo que bajo la misma convinieron los contratantes fue una donación; que esos herederos, interesados en que se declare tal simulación, o sea la prevalencia de la donación oculta sobre la compraventa aparente, como sucesores a título universal de la señora María Mercedes Tamayo de Roldán, ocupan la misma posición jurídica de su causante, no pudiendo, por lo tanto, demostrar su pretensión sino con los mismos elementos probatorios que hubiera podido emplear la autora de sus días; y que "como sólo han aportado a los autos algunas declaraciones de testigos y unos indicios o presunciones, es inútil seguir adelante en el análisis probatorio del plenario, ya que... a ningún resultado práctico conduce la consideración de la prueba del juicio por no ser de la categoría exigida para demostrar lo que la parte demandante tenía necesariamente que establecer para salir avante en sus pretensiones".

IV

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Tres cargos presenta la censura, relacionados con la causal segunda; y seis con la primera.

CAUSAL SEGUNDA

Primer motivo

Se hace consistir en que en la demanda, a la acción de prevalencia, esencialmente declarativa, propuesta como principal, se acumularon otras también declarativas, en cuanto se citó como fundamento de derecho el artículo 1795 del Código Civil, y porque de tal acumulación habló la parte actora en su alegato de conclusión en primera instancia; y que, no obstante todo ello, el sentenciador dejó de pronunciarse sobre esa acumulación.

Segundo motivo

Como tal se alega que, siendo el interés jurídico-económico de los actores, el de conservar la asignación testamentaria en especie que les hiciera la causante Mercedes Tamayo de Roldán, asociados ellos en litis-consorcio activo bajo una representación judicial única, no sólo para esquivar el papel de demandados, sino para que lo aportable probatoriamente aproveche a todos, asumieron la situación de terceros con acción propia, y no la de continuadores de la personalidad de su dicha causante; pero que, como el juzgador, fundándose en que los demandantes, por ser herederos y no terceros, estaban sometidos a restricción probatoria, no obstante que "los demandados adujeron la situación de herederos como excepción temporalmente perentoria, no como carencia de determinada prueba", dejó de analizar si los actores "realmente eran terceros o si había al menos algunos entre ellos", y así se abstuvo de hacer las

declaraciones que se solicitaron en la demanda, por todo lo cual incurrió en inconsonancia.

Tercer motivo

A guisa de tal, se formula el argumento de que "no es juicio jurídico-procesal congruente la afirmación de que falta determinada prueba, sin examinarlas todas, en las que bien puede deducirse la imposibilidad de la prueba escrita"; que "precisamente para sentar si había terceros o nó, era forzoso el análisis de la documentaria, aducida en la demanda y en el ciclo, para recoger la indiciaria"; y que, por lo tanto, la abstención del examen sobre el plenario conduce a la casación por la causal segunda.

SE CONSIDERA:

No resulta cierto que a la acción de prevalencia se hubieran acumulado otras, cual lo alega el recurrente, y que éste califica de declarativas, sin decir siquiera en qué consisten.

Como atrás fue expuesto, el *petitum* de la demanda está íntegramente forjado por la solicitación de que se declare que Mercedes Tamayo de Roldán adquirió exclusivamente, a título de donación, la propiedad del inmueble sobre que versa el acto de la escritura número 834, y la de la casa en él construída "por acrecimiento" (sic); y que, por lo mismo, nada de ello entró a la sociedad conyugal Roldán-Tamayo, ni puede ser incluído en juicio de sucesión distinto del de la nombrada señora.

Así lo decidió el pronunciamiento de primera instancia, por modo que el Tribunal, al revocarlo y negar todas las peticiones del libelo, no dejó de resolver sobre nada de lo que fue pedido.

Los argumentos presentados a manera de cargos segundo y tercero, no son de recibo en el campo de la causal segunda de casación, pues versan sobre cuestiones que serían únicamente elucidables en el de la primera, siempre que el impugnante los hubiera planteado en éste y dándoles el tratamiento exigido por el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Es que la incongruencia, como lo tiene consagrado la doctrina, no tiene cabida en materia de motivación, ya que sólo puede encontrarse en lo resolutivo del fallo, cuando éste es o excesivo: *ultra petita* o impertinente: *extra petita* u omiso: *mínima petita,* pero jamás cuando es totalmente absolutorio, porque entonces provee en tal forma sobre todos los aspectos de la litis.

Se rechazan, pues, estos cargos.

CAUSAL PRIMERA

Primer motivo

"Violación directa del artículo 1795 en relación con los artículos 66 y 1836 del Código Civil".

Se hace consistir en que del citado artículo 1795 surge con autonomía una acción de mayores consecuencias que la de simulación, pues contra la presunción que él establece de que todas las especies que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad conyugal se reputarán pertenecer a ésta, el mismo texto "le permite probar a un cónyuge frente a otro o a sus herederos, al tenor del artículo 1836, en contrario, con todo medio probatorio, excepto la confesión, inciso segundo del referido artículo 1795. Aun contra los títulos, porque contra ellos puede presumirse. Por consiguiente, al restringirles la prueba a los representantes de la cónyuge testadora, para la acción subsidiaria de exclusión de bienes, se incidió especialmente en el artículo 66, que define las presunciones legales".

SE CONSIDERA:

El artículo 1795 Código Civil, acogiéndose a los hechos que suele crear la unión matrimonial, presume que todos los bienes, corporales e incorporales, muebles o inmuebles, que existan en poder de cualquiera de los cónyuges, al momento de disolverse la sociedad conyugal, pertenecen a ésta, a menos que sea patente o se demuestre lo contrario. Consagra una presunción *juris tantum,* que le impone al cónyuge que reclama un bien como exclusivamente suyo o al tercero que le atribuye ese carácter, la carga de demostrar su aserto; y a este fin, si se trata de un inmueble, tendrá que acreditarse, ya el hecho de haberlo aportado aquél al matrimonio, ya el de haberlo adquirido durante la sociedad, a cualquier título excluyente de la misma, como donación entre vivos, legado, herencia, subrogación real, accesión o hallazgo.

Mas, así como el cónyuge interesado en ello no tiene para qué empeñarse en un proceso eliminatorio de la presunción, cuando está de manifiesto que el bien de que se trata es de su

pertenencia exclusiva, —como si sosteniendo que hubo un inmueble por donación, exhibe la escritura pública contentiva de tal acto—, de igual modo, la sociedad no necesita prevalerse de la presunción, cuando su titularidad sobre un bien determinado está a la vista, formalmente constituída, verbigracia escritura pública de compra por uno de los cónyuges, de un inmueble, durante la sociedad, pues, entonces, presente el título, se impone éste como rector de la situación. Por lo mismo, el cónyuge o su causahabiente que, en este caso, pretendiera desconocer la calidad social del bien, para tomarlo como propio, tendría necesariamente que probar, no contra la presunción del artículo 1795, sino contra el título de adquisición de que dimana aquella calidad y el cual sólo podría ser desvirtuado por los medios legalmente idóneos a contrarrestar los actos de su clase.

En la especie del pleito, la escritura pública número 834 de 31 de octubre de 1902, de la Notaría de Santa Rosa, debidamente registrada, demuestra que Mercedes Tamayo de Roldán, con la expresa autorización de su marido Juan de Dios Roldán, quien se hizo parte en tal acto, pues intervino en él para autorizarlo, compró a Pastor Tamayo el terreno denominado "La Manguita de Arriba", con la casa en él construída. Ese título, por sí solo prueba que la finca entró al haber de la sociedad conyugal Roldán-Tamayo; y pues esta situación subsistía al disolverse la sociedad por el fallecimiento del marido, tenía que ser respetada, como lo hizo el Tribunal, mientras el mismo título no resultase desquiciado en la acción de simulación intentada.

Quiere todo ello decir que los herederos testamentarios de Mercedes Tamayo de Roldán, para poder triunfar en esta acción contra la fe que se merece el acto de la escritura número 834 de 31 de octubre de 1902, cuyo éxito implicaría el que la repartición de la finca se rigiese íntegramente por el testamento de la dicha señora, sin consideración alguna con la herencia de su cónyuge Juan de Dios Roldán, quedaron sujetos, a igual que lo estaría la misma señora si en persona fuese la demandante, a satisfacer las exigencias del sistema probatorio que informan los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, es decir, a tener que acreditar el acto oculto dentro de las restricciones de prueba reconocidas por la jurisprudencia imperante, aumentadas, en este caso, con el recorte hecho por el citado artículo 1795 Código Civil a la confesión del otro cónyuge, al *no estimarla como suficiente prueba*. Esto es que esa confesión, de haberse producido, no hubiera podido admitirse sola, sino complementada por otros medios legales de convicción, a la manera del principio de prueba por escrito. La mera confesión del otro cónyuge no podría tener otro efecto que el que le asigna el propio artículo 1795, de ser mirada "como una donación revocable", bajo la condición y con el efecto determinados en ese texto.

Si, pues, el sentenciador encontró que los demandantes "sólo han aportado a los autos algunas declaraciones de testigos y unos indicios o presunciones", echando de menos la prueba legalmente apta para demostrar el fundamento de la acción, que por tal motivo fue desestimada, mal pudo violar por ello los artículos de la ley sustancial a que se refiere el cargo.

Segundo motivo

"Violación directa del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, último inciso, en relación con el artículo 1766 del Código Civil, por no haberle aplicado a la parte demandante en este juicio, la excepción consagrada por aquel precepto, y por los artículos 1767 del mismo Código, y 92 y 93 de la citada ley, vista la imposibilidad que tenía, y que aparece de modo manifiesto en los autos, de aportar la prueba escrita".

La esencia del cargo se encuentra en el argumento de que el Tribunal desconoció la imposibilidad en que estuvieron los demandantes para obtener una prueba escrita de la contraestipulación, en cuanto no intervinieron personalmente en el contrato que se dice simulado; que, si no puede transmitirse por una parte la sanción, "es preciso atender a qué nuevas imposibilidades está sujeto el heredero para aminorar la restricción"; que "la negligencia de las partes no la han de sufrir los herederos hasta el extremo de que no se considere la imposibilidad subsiguiente, de nuevas modalidades, con posterioridad a la muerte de ambos contratantes, a partir de su interés, de lo que hace viable la acción"; y que "es preciso examinar también los casos de imposibilidad jurídica, como en el sub judice, en que vienen a confundirse en una sola persona, las calidades de donatario y donante, ya que los hijos de doña Mercedes Tamayo de Roldán, son nietos de don Pastor Tamayo. Valdría casi como confesión la mera afirmación de la mayoría de los sucesores".

SE CONSIDERA:

La imposibilidad de obtener la prueba escrita, de que se ocupa el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 *in fine*, es una cuestión de hecho, ya de orden físico, ya de orden moral, cuya demostración incumbe suministrar a quien tal imposibilidad alega y en cuya apreciación goza el juzgador de fuero discrecional, intocable en casación, salvo el caso de que en la ponderación de las pruebas del juicio vinculadas a ese punto haya él incidido en yerro de valoración legal o en error evidente de hecho, determinativos de las conclusiones del fallo.

Pero, el recurrente no eleva acusación alguna, en que, indicando cuál fuera el motivo concreto de imposibilidad que hubo de soportar la señora Mercedes Tamayo de Roldán para obtener una prueba escrita del acto oculto de donación contenido bajo la escritura número 834, señale los determinados medios de prueba existentes en el proceso, plenamente demostrativos de esa imposibilidad, y que el juzgador no hubiera visto o en cuya estimación hubiera incurrido en alguna de las especies de error preindicadas. Lo cual induce ineficacia del cargo.

No es admisible el aserto de que los herederos del simulante, sea que obren como continuadores de su persona, esto es en nombre de la universalidad hereditaria, sea que obren como terceros, en nombre propio para defender sus asignaciones forzosas frente al acto simulado, gozan en todo caso de plena libertad probatoria. Si esta tesis encontró cabida en sentencia de casación de 5 de septiembre de 1957, que cita el recurrente, habiendo aparecido antes, en la de fecha 31 de octubre del año inmediatamente anterior, ella no tuvo afortunada supervivencia, pues la Corte a vuelta de poco tiempo restauró la doctrina que en este particular imperaba en agosto de 1956 y de que fue expresión culminante la sentencia de casación de 8 de junio de 1954 (LXXVII, 2142, pág. 794).

Por lo mismo, en la de casación de 16 de junio de 1959, *cuya doctrina está en pie*, dijo la Corte lo siguiente:

"Claro es que en principio puede existir interés jurídico en el heredero para impugnar por simulación actos o negocios en que el causante hubiese figurado como parte. Pero ese interés coincide integralmente con el mismo que tendría el causante si viviera, con las mismas ventajas, pero también con las mismas limitaciones para hacerlo valer ante la justicia, primera y principalmente por lo que respecta al problema probatorio vinculado a los soportes del plano de seguridad en que deben moverse las transacciones.

"Así como el causante no podría contradecir la fe debida a la escritura pública sino dentro del marco de prueba literal, confesión de la contraparte o principio de prueba por escrito debidamente complementado, el causahabiente no puede recibir por herencia sino esa misma situación. La realidad jurídica así lo exige y repugnaría admitir que la sucesión mejorara en cualquiera forma el derecho transmitido. Por lo que es preciso entender también que si en favor del causante existía el tratamiento de excepción por imposibilidad física o moral de obtener contraescritura como prueba de la simulación entre las partes, con igual ventaja habría de tener el heredero la acción recibida de su causante.

"Repugnaría de igual suerte entender que la imposibilidad física o moral de conseguir aquella prueba escrita radicara en el hecho de que el heredero no estuviese presente en la celebración del acto que ataca por simulado, cuando su titularidad emana de quien sí asistió a la negociación como parte.

"El asignatario forzoso se halla, sin embargo, al amparo de las disposiciones de orden público que restringen la libertad de testar. Si el acto que se impugna por simulado subvierte el sistema de las asignaciones forzosas, no hay ni podría haber límite alguno dentro de la tarifa en la prueba de la simulación como expediente para evadir los imperativos del legislador. Se trata de establecer el hecho que rompe el régimen de las asignaciones forzosas y es por ministerio de la ley como el legitimario por derecho suyo queda investido de la acción: no propiamente como heredero sino como persona a quien se pretende despojar de aquello a que por ley tiene derecho". (XC, 2211-2212, pág. 646).

Ahora bien: en el presente negocio, el juzgador estimó que los demandantes no han procedido como terceros, en acción propia para defensa de sus derechos personales sobre la sucesión de Mercedes Tamayo de Roldán, o sea en ataque a la real voluntad que ésta tuviera al otorgar la escritura número 834, sino como sucesores universales de ella, en ejercicio de la misma acción que a la dicha señora le correspondería si viviese, es decir en defensa de la verdadera voluntad que a su causante le atribuyen los actores, que no fue, entonces, la de perjudicarlos en sus asignaciones forzosas, por todo lo cual el sentenciador le cerró el paso a la libertad de probación; y este fundamental razonamiento no resulta desvirtuado en el recurso.

Ni tiene asidero alguno aquello de que en los hijos de Mercedes Tamayo de Roldán, como nietos del aparente vendedor Pastor Tamayo, vinieron a confundirse las calidades de donante y donatario, lo que haría valer "*casi* como confesión la mera afirmación de la mayoría de los sucesores". Porque, aparte de que un planteamiento semejante no se compadece con las precisas exigencias que la ley impone a la demanda de casación, el presente debate está trabado exclusivamente entre herederos de Mercedes Tamayo y herederos de Juan de Dios Roldán; y desde el instante mismo en que no todos los herederos de Mercedes aceptan que el acto discutido fue donación y no compraventa, pues que los demandados también son herederos suyos y contradicen esa pretensión, el argumento de la validez de la confesión por mayoría de dictámenes queda deshecho.

Tercer motivo.

"Violación directa del artículo 1162 del Código Civil".

Se concreta diciendo que, desde luego que las cláusulas sexta y séptima del testamento de Mercedes Tamayo "alinderan lotes por la herencia, en forma de especie o cuerpo cierto, para los hijos y nietos", sin quedar remanente *ab intestato,* tales asignaciones, por ser típicamente singulares, los constituyen "legatarios" (art. 1011), con imputación a su legítima o a título de mejora (art. 1256)"; que en esas circunstancias "no representan a la difunta", pues el caso "se regula más bien por el principio de la continuación en los bienes del causante, que en el de su personalidad"; y que, por todo ello, al considerar a los demandantes como herederos de la testadora, "la sentencia infringe directamente una ley sustantiva".

Se considera:

Cuando el causante, haciendo uso del derecho que le reconoce el artículo 1375 del Código Civil, de hacer en el testamento la partición de sus bienes, atribuye a sus herederos, por causa y en razón de esta calidad, especies determinadas, no por ello les arrebata su título de tales, para convertirlos en simples legatarios. Ocurrirá solamente que la asignación singular se imputará a la universal, supeditada aquélla a seguir la suerte de ésta. Es así como el artículo 1052 ibídem sienta como regla general que, cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, "los que suceden a la vez por testamento y abintestato imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento...".

Así, pues, la circunstancia de que Mercedes Tamayo de Roldán haya hecho en su testamento, entre herederos forzosos, determinada distribución de la finca "La Manguita de Arriba", mal pudo quitarles a los asignatarios su calidad de herederos universales de la causante, que es precisamente la invocada en la demanda fundamental de este juicio (hechos 7º y 17º), incoado por herederos directos y sucesores por transmisión de uno de éstos y en la que se pide, no en favor de legatarios ningunos, que es idea absolutamente ajena a la *intentio* de la acción, sino en pro de la señora Mercedes Tamayo de Roldán, o sea para la herencia de la misma.

Es, pues, descaminado el cargo.

Cuarto y quinto motivos

Por tener éstos identidad argumental, se contemplan y despachan en un solo parágrafo:

a) "Violación directa del artículo 1014 del Código Civil", la que se hace derivar del hecho de haber considerado el Tribunal a los menores hijos de Miguel A. Roldán Tamayo, llamados Helena, Juan de Dios, María del Socorro y Josué, como herederos o continuadores de Mercedes Tamayo de Roldán, siendo así que, en esta rama, el heredero de la testadora lo fue su hijo Miguel A. Roldán Tamayo, fallecido después de la misma, por lo cual, "según el modo de la transmisión, los herederos ab intestato de Miguel A. Roldán Tamayo, transmisor, no lo son de quien viene la asignación".

b) "Violación directa del artículo 18 de la Ley 45 de 1936", que se dice resultar del hecho de haber considerado el Tribunal a la demandante Emilia Vélez v. de Roldán como heredera de la causante Mercedes Tamayo de Roldán, siendo así que Emilia, como cónyuge sobreviviente de Miguel A. Roldán Tamayo, excluída por la descendencia del mismo, no es heredera de éste. "Demanda a título de su porción conyugal, y es extraña a la convención simulada".

SE CONSIDERA:

Cuando el Tribunal incluyó a los menores hijos y a la cónyuge supérstite de Miguel A. Roldán, bajo la denominación indiscriminada de

"herederos" de Mercedes Tamayo de Roldán, con que se refirió al conjunto de los demandantes, ciertamente no lo hizo en el sentido de reconocer en esos menores y viuda la calidad que personalmente no tenían de herederos de Mercedes, sino en el de ver en ellos a los representantes de la sucesión de Miguel, quien sí era heredero de la misma y cuyo interés como tal, en el presente juicio, venían a gestionar, todo ello con sujeción al tenor y mente de la demanda; y en este sentido, sin caer en error jurídico, pudo referirse a los actores, como a herederos de Mercedes Tamayo de Roldán, titularidad de que tenían que partir, como lo hicieron, para pedir en pro de la sucesión de la nombrada señora.

No resultan, entonces, los quebrantos de ley sustancial a que alude el impugnante.

Sexto motivo

"Violación directa del artículo 1799 del Código Civil", acerca de lo cual el impugnante se ha limitado a alegar lo siguiente: "...el artículo 1799 confiere un derecho de persecución sobre la especie, al asignatario en cuyo favor hubiere dispuesto por causa de muerte, alguno de los cónyuges. Esta norma sí da franca posición de terceros, puesto que aquel derecho puede comenzar por desvirtuar la calidad de bien social o legado de cosa ajena. No puede decirse técnicamente, en este caso, que los asignatarios, continúan al causante. En el caso del artículo 1799 puede encajar la distribución de especies, que hizo doña Mercedes Tamayo de Roldán, y sus testamentarios quieren conservar la especie, aduciendo que proviene de un fundo exclusivo. Con mayor razón si el referido artículo, apenas confiere un crédito".

SE CONSIDERA:

A virtud de sus propios términos, en los que apenas se divaga sobre una hipotética acomodación del artículo 1799 al asunto litigado, sin precisar en qué consiste el quebranto de la ley sustancial imputado al sentenciador, la censura no ingresa a la órbita del recurso extraordinario. Es que le era imposible al impugnante configurar violación alguna del citado precepto, el cual, contemplando el caso de que cualquiera de los cónyuges disponga, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad conyugal, permite al asignatario de dicha especie perseguirla sobre la sucesión del testador, siempre que en la división de los gananciales se haya adjudicado a los herederos del mismo, pues, en caso contrario sólo le da derecho para perseguir su precio sobre la sucesión de éste. El precepto resulta así completamente ajeno a la acción de simulación debatida, por lo cual, el fallador no tenía por qué hacer mérito alguno de él.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior de Medellín.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el proceso al tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPRESENTANTES LEGALES DE INCAPACES

Prueba de la incapacidad de los menores. Herederos. Alcance probatorio del auto de reconocimiento de tales en juicio distinto del sucesorio. Causal 6ª de casación. La invocación de nulidad por indebida representación de incapaces no constituye medio nuevo.

1. La Corte en jurisprudencia que viene de larga data ha aceptado que el auto sobre reconocimiento de herederos en juicio de sucesión es prueba valedera en otro para establecer esa calidad. Pero el alcance de este escrito no va hasta dar como demostrados también los hechos en los cuales se hizo tal deducción, sino que se respeta la declaratoria, mientras no se pruebe lo contrario. La Corte ha dicho: "La copia auténtica de una sentencia como documento, es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión".

2. Siendo la capacidad procesal un presupuesto propio de cada juicio, ella ha de acreditarse independientemente en cada uno, porque bien puede suceder que cambie de uno a otro, especialmente tratándose de incapaces menores.

Si la capacidad para comparecer en juicio la tienen los incapaces por medio de su representante legal, es necesario que acrediten su incapacidad como menores por medio de las actas de nacimiento; su condición de hijos legítimos con la partida de matrimonio de sus padres, su emancipación del padre legítimo y el tránsito de la patria potestad de la madre, por la muerte de éste, mediante la partida de defunción de aquél. Es la única forma de poder afirmar que la personería del representante de los menores subsiste y es legítima; sin esa prueba la representación legal no existe.

3. Tratándose de una cuestión que toca con el precepto constitucional de que nadie puede ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, en las cuales se comprende la de que los incapaces se hallen debidamente representados en pro de su defensa, claramente se ve que la nulidad por la omisión de esta formalidad legal toca con el orden público, y puede invocarse sin que constituya medio nuevo. Consagradas las nulidades de que trata el artículo 448 del Código Judicial como la causal 6ª de casación, no puede decirse que en su invocación haya un medio nuevo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre dieciocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

En el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, Rosalba Gutiérrez Peña, representante legal de sus hijos menores, Jaír y Amparo Gutiérrez, inició juicio ordinario "contra la sociedad conyugal formada por el causante David Molina y Lucila Osorio Dávila, disuelta por la muerte de aquél y representada por la cónyuge sobreviviente Lucila Osorio v. de Molina... y contra la sucesión representada por los herederos universales legitimarios ab intestato menores impúberes Hernán, Beatriz, Lucila, Consuelo, David y Ramiro Molina Osorio, a quienes a su vez representa la señora Lucila Osorio v. de Molina, en ejercicio de la patria potestad", para que se declare:

1º Que los menores impúberes Jaír y Amparo Gutiérrez son hijos naturales de David Molina Rincón "para todos los efectos civiles señalados en las leyes".

2º Que, como consecuencia de la declaración anterior, los menores Gutiérrez tienen interés en la sucesión de David Molina Rincón, su padre

natural, y son herederos universales ab intestato en concurrencia de los demás llamados por la ley a sucederle.

3º Que los mismos menores Gutiérrez "tienen derecho a que les sean entregados los bienes que componen su cuota hereditaria" vinculada a los bienes relacionados en el hecho 10 de la demanda con los frutos, aumentos y mejoras desde el día del fallecimiento de David Molina Rincón hasta la inscripción de la partición.

4º Que, de conformidad con los artículos 370 del Código Civil y 33 del Decreto Ejecutivo 1003 de 1938, se disponga que al margen de las partidas de nacimiento de Jaír y Amparo Gutiérrez se tome nota de su estado civil de hijos naturales de David Molina Rincón.

Estas súplicas las derivan los actores de los hechos que se resumen así:

Rosalba Gutiérrez Peña es madre de José Jaír y Amparo nacidos el 12 de octubre de 1947 y el 26 de febrero de 1949, respectivamente, y como era soltera cuando los concibió, es madre natural y representante legal de ellos.

Entre David Molina Rincón y Rosalba Gutiérrez Peña existieron de manera estable y notoria relaciones sexuales, en los períodos en los cuales se presume la concepción de los dos menores Gutiérrez.

Molina Rincón admitió siempre en el círculo de sus amigos las relaciones sexuales estables y notorias que llevaba con Rosalba Gutiérrez Peña.

Asimismo admitió que Jaír y Amparo eran sus hijos y los atendía públicamente como tales suministrándoles dinero para sus gastos personales, vestidos, servicios médicos, drogas, etc.

Molina Rincón falleció trágicamente el 3 de octubre de 1956 en el munincipio de Pijao. Su juicio de sucesión se radicó en el mismo Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, en el cual fueron reconocidos como herederos sus hijos legítimos, los menores Hernán, Beatriz, Lucila, Consuelo, David y Ramiro Molina Osorio.

Molina Rincón contrajo matrimonio católico con Lucila Osorio v. de Molina, en la iglesia parroquial de Calarcá el 3 de abril de 1942. Durante su matrimonio Molina adquirió los bienes inmuebles y muebles a título oneroso que forman el patrimonio de la sociedad conyugal en liquidación, los cuales determina el libelo en 13 ordinales.

Todo el tiempo en que Molina Rincón hizo vida marital con Rosalba Gutiérrez proveyó a la subsistencia de ella, y en las épocas de embarazo y dietas "le prodigó todas las atenciones médicas y obstétricas necesarias", y buscaba las personas que la atendieran en los alumbramientos.

El representante judicial designado por Lucila Osorio v. de Molina descorrió el traslado de la demanda oponiéndose a que se hagan las peticiones de ella, negando los hechos fundamentales, aceptando otros y solicitando se prueben los demás.

El Juzgado dio término a la primera instancia con sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, en la cual expresa hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira desató la apelación en que acudió la parte demandada en fallo de diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, por la cual confirma la de primer grado, cuya parte resolutiva quedará así:

"a) Declárase que los menores Jaír y Amparo Gutiérrez, nacidos el doce de octubre de mil novecientos cuarenta y siete y el veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, respectivamente, son hijos naturales del señor David Molina Rincón, para todos los efectos señalados por la ley.

"b) Como consecuencia de lo anterior, declárase también que los mismos menores Jaír y Amparo Gutiérrez, en su calidad de hijos naturales del señor David Molina Rincón, tienen interés jurídico en la sucesión de éste y derecho a hacerse parte en ella para obtener la efectividad de la cuota parte de bienes que la ley les reconoce.

"c) Conforme a lo prescrito por el artículo 370 del Código Civil ordénase que por el Notario respectivo se deje constancia al margen de las actas del registro de nacimiento de Jaír y Amparo Gutiérrez de su estado civil de hijos naturales de David Molina Rincón y en la forma determinada en el artículo 23 del Decreto Ejecutivo número 1003 de 1938, una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

"d) Condénase a la parte demandada, constituída por los herederos legítimos del señor David Molina Rincón, a pagar las costas de este juicio en la primera instancia.

"Segundo. Revócase la misma sentencia de fecha veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, en cuanto por ella se hacen las declaraciones pedidas en la demanda contra la señora Lucila Osorio v. de Molina y se absuelve a esta señora de los cargos que le for-

mularon en el mismo libelo, así como de la condena en costas.

"Tercero. Sin costas en esta segunda instancia".

Motivación del fallo de segunda instancia.

En el estudio de los presupuestos procesales, estima que con la copia del auto del 13 de octubre de 1956 por el cual se reconoció en el juicio de sucesión de David Molina R., como herederos a sus hijos legítimos los menores Hernán, Beatriz, Lucila, Consuelo, David y Ramiro Molina Osorio, se ha acreditado no solamente esta calidad, sino también que "Lucila Osorio es madre legítima y tiene la representación legal de sus mencionados hijos por ser todos menores de edad, según lo afirma el auto citado".

Las causales invocadas para obtener la declaración de paternidad natural son las reconocidas en los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es decir, las relaciones sexuales y la posesión notoria del estado de hijos naturales por parte de Jaír y Amparo Gutiérrez.

La acción contra los herederos del presunto padre está bien dirigida. No así contra la cónyuge en su calidad de tal, porque ella no representa a Molina R., no responde "de las obligaciones personales de éste", ni tiene por qué hacer frente a la acción que se ejercite contra los herederos.

Hace un examen crítico completo tanto de la prueba testimonial aducida por los demandantes para demostrar las relaciones sexuales estables y notorias que hubo entre David Molina R. y Rosalba Gutiérrez Peña como de la aportada por los demandados, con el fin de demostrar que durante el tiempo en que puede presumirse la concepción de los menores Gutiérrez, la madre tuvo relaciones carnales con otros hombres. Concluye su estimación el Tribunal: "De todo lo anteriormente expuesto y sin necesidad de insistir sobre el mérito y conexión de la prueba aducida por las partes, ya que se analizó a su debido tiempo el valor probatorio de cada testimonio, deduce esta superioridad que la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 ha quedado completamente demostrada. La existencia de las relaciones sexuales durante el tiempo que se presume de derecho, la concepción está establecida y que en ese lapso Rosalba Gutiérrez no tuvo relaciones con hombres distintos a David Molina y en cuanto a la notoriedad y estabilidad de esas relaciones hay un conjunto de hechos indiciales graves, precisos y conexos entre sí, que concurren a demostrar sin lugar a duda en el ánimo del Tribunal, la verdad del hecho controvertido".

Los actores trajeron el juicio a la Corte en recurso de casación que procede a decidir, ya que ha recibido toda la tramitación legal.

DEMANDA DE CASACION

En una demanda de ochenta páginas, el recurrente presenta doce cargos contra la sentencia del Tribunal, así:

El primero por infracción directa de los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil, y 7º de la Ley 45 de 1936; el segundo por la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial; el 3º por violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 632 y 661 del Código Judicial, 346, 347, 53 de la Ley 153 de 1887, 1757, 1758, 1759 y 1760 del Código Civil; el 4º por errores de hecho en la estimación de las pruebas; el quinto por error de derecho en la apreciación de una prueba; el sexto por el motivo 2º del artículo 520 del Código Judicial; el séptimo por la causal séptima de la misma norma, el octavo por la causal tercera de la misma disposición, el noveno, décimo y once, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas; y el doce por "violación del orden público y de disposiciones sustantivas que lo gobiernan".

De éstos se estudia de preferencia, por exigirlo el orden lógico, y hallarse demostrado, el que toca con la causal sexta.

Su extracto es del siguiente tenor:

Lucila Osorio v. de Molina fue indicada en el libelo como representante legal de los menores Hernán, Beatriz, Lucila, Consuelo, David y Ramiro Molina Osorio por ejercer la patria potestad "sobre los demandados, por muerte del padre". La parte actora no demostró el matrimonio de David Molina Rincón y Lucila Osorio Dávila, tampoco la muerte del primero, ni la edad de los demandados con la copia de las actas respectivas del registro del estado civil. Comprobación ineludible, si se quería establecer la personería, por representación legal, de los menores demandados.

La falta de la comprobación de ser Lucila Osorio v. de Molina madre legítima de los demandados, de haber enviudado y de ser éstos menores, "denuncia un error *in procedendo,* y acusa la existencia de una o dos causas de nulidad, previstas tales por el artículo 448 del Código Judicial causa 2ª, y aun 3ª, en razón de nulidad no saneada, y en el 6º, motivo de casación,

consagrado en el artículo 520 del Código Judicial''.

El juez aceptó la copia del auto declaratorio de herederos como demostrativa de tales hechos.

La jurisprudencia ha aceptado que el reconocimiento de herederos acredita la titularidad o legitimación en causa para accionar y contradecir. Pero tal medio no puede extenderse a demostrar la representación legal que debe establecerse con las respectivas actas del estado civil (artículos 347 y 1740 del C. C.) que no se han traído al proceso.

Aquí se ha confundido el fenómeno de la titularidad con el de la representación legal, que para su operancia requiere la comprobación de los presupuestos respectivos.

La patria potestad, según el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, se confiere a la madre, por la muerte del padre, pero en forma restricta: mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias.

El auto de reconocimiento de herederos, proferido en el respectivo sucesorio, es prueba de la condición de herederos, pero no del fenómeno de la representación legal de los menores, que toca con cuestiones del estado civil, como son el matrimonio de Lucila Osorio y David Molina, la defunción de éste, y la minoridad de los declarados herederos, que son hechos relacionados con el estado civil y demostrables con las partidas respectivas, que ''brillan por su ausencia''.

La representación de la madre legítima respecto de sus hijos menores, la acredita la providencia que los tuvo como herederos de David Molina, pero solamente en el juicio mortuorio.

Así como se acreditó la representación de la madre de los demandantes en este juicio, así también debía haberse establecido la representación de la madre de los demandados.

Los menores no podían comparecer al juicio sino en la persona de su representante legal, cuya personería era indispensable demostrar.

Así como son nulas las actuaciones adelantadas contra un mandante y contra una sociedad cuya representación legal no se ha comprobado, a fortiori lo es la dirigida contra incapaces, cuya representación legal no se ha acreditado. Con tanto mayor razón, si se tiene en cuenta que ''la representación en el segundo caso 'cesa automáticamente por el advenimiento de la mayoridad' ''. Esto indica la necesidad de establecer en cada caso la representación con los documentos relacionados con el estado civil de los menores y de la madre.

La representación legal no se da espontáneamente en un proceso. Se da solo cuando los elementos antecedentes creadores de la presunción han sido demostrados plenamente, según el artículo 661 del Código Judicial.

Se extiende también, con base en la falta de las actas que acrediten la representación de los menores Molina Osorio en su madre Lucila Osorio de Molina, en demostrar, más o menos, con los mismos razonamientos que este vacío ''conduce también a falta de citación o emplazamiento, en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio; los menores demandados''.

SE CONSIDERA:

Las nulidades que para todos los juicios estatuye el artículo 448 del Código Judicial provenientes de irregularidades en el procedimiento que implican desconocimiento de la organización judicial en cuanto a la competencia, o del derecho de defensa, se permite alegarlas a las partes ''en cualquier estado del juicio, antes de que se dicte sentencia'', cuando no se han aducido antes como excepciones dilatorias. (Artículo 456 ibídem).

También dispone la ley que el Juez o el Tribunal, antes de decidir en definitiva, las ponga en conocimiento de las partes; y si la interesada en su allanamiento, guarda silencio, deben declararlas invalidando lo actuado, desde el estado que tenía el proceso cuando ocurrió la causal. (Art. 455 ibídem).

Finalmente, ''para subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada'' (exposición de motivos), autorizó la acusación de los fallos de segunda instancia en casación por la causal 6ª del artículo 520, que dice: ''haber incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley''.

Era deber del Tribunal examinar, antes de proferir el fallo o en él, si existían las causales de nulidad consagradas en el artículo 448 del Código Judicial. Y al efecto lo hizo en el aparte destinado a estudiar los presupuestos procesales, donde encuentra que el Juez y el Tribunal tienen competencia para conocer del negocio, y respecto de la capacidad de las partes para obrar procesalmente, advierte que con las partidas de nacimiento de los menores Jaír y Amparo Gutiérrez está demostrado que son hijos

de Rosalba Gutiérrez Peña, y que "por tanto ésta tiene respecto de aquéllos la patria potestad, y su representación legal". (Art. 14 de la Ley 45 de 1936).

En lo atinente a la capacidad procesal de los demandados, con vista en la copia del auto de 13 de octubre de 1956, por la cual el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá declaró abierta la mortuoria de David Molina, fallecido en Pijao el 3 de octubre de 1956, se ordenó la liquidación de la sociedad conyugal formada con su esposa Lucila Osorio, y reconoció como herederos legítimos de Molina a los hijos de este matrimonio, Hernán, Beatriz, Lucila, Consuelo, David y Ramiro Molina Osorio, se estimó probado no solo el reconocimiento de herederos sino "que Lucila Osorio es su madre legítima y tiene la representación legal de los mencionados hijos, por ser todos menores de edad, según lo afirma el auto citado". Y agrega: "En esta forma ha quedado cerrada la vinculación o círculo jurídico procesal en las partes litigantes". En una palabra, estimó que la capacidad procesal de los menores demandados, o sea, su comparecencia en juicio por medio de su madre legítima o representante legal estaba acreditada en el juicio.

El artículo 13 de la Ley 45 de 1936, que derogó el 53 de la Ley 153 de 1887, dispone que los derechos de la patria potestad respecto de los hijos legítimos a falta del padre, por cualquier causa legal, los ejerce la madre mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias.

Por consecuencia de este precepto y al tenor del artículo 307 del Código Civil, toda acción civil contra los hijos legítimos cuyo padre haya fallecido, debe dirigirse contra la madre que tenga la patria potestad, para que los represente en ella.

Y el artículo 240 del Código Judicial estatuye que "los incapaces comparecen en juicio como demandantes o demandados por medio de sus representantes legales".

Todas estas normas disponen claramente que el presupuesto procesal, llamado capacidad para comparecer en juicio, cuando se trata de incapaces, se cumple por medio de su representante legal. En otros términos, que éste tiene la personería adjetiva de los incapaces.

Y el demandante, en los términos del artículo 232 del Código Judicial, está obligado a demostrar que la persona que señala como representante del demandado lo es en realidad. De suerte que si esta prueba no obra en el proceso, no se puede decir que está legitimada la personería de quien figura como su representante.

La Corte en jurisprudencia que viene de larga data ha aceptado que el auto sobre reconocimiento de herederos en un juicio de sucesión es prueba valedera en otro para establecer esa calidad. Pero el alcance de este escrito no va hasta dar como demostrados también los hechos en los cuales se hizo tal deducción, sino que se respeta la declaratoria, mientras no se pruebe lo contrario.

La Corte ha dicho: "La copia auténtica de una sentencia como documento, es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión".

No se podía decir que, por haber comparecido Lucila Osorio v. de Molina como representante legal de sus hijos en la mortuoria de su esposo David Molina, y habérsele reconocido ese carácter allí, en el presente también deba tenérsele como tal, sin las pruebas que lo establecen a plenitud.

Siendo la capacidad procesal un presupuesto propio de cada juicio, ella ha de acreditarse independientemente en cada uno, porque bien puede suceder que cambie de uno a otro, especialmente tratándose de incapaces menores.

Si la capacidad para comparecer en juicio la tienen los incapaces por medio de su representante legal, es necesario que acrediten su incapacidad como menores por medio de las actas de nacimiento; su condición de hijos legítimos con la partida de matrimonio de sus padres, su emancipación del padre legítimo y el tránsito de la patria potestad de la madre, por la muerte de éste, mediante la partida de defunción de aquél. Es la única forma de poder afirmar que la personería del representante de los menores subsiste y es legítima; sin esa prueba la representación legal no existe.

Dedúcese que la nulidad por ilegitimidad de la personería del representante legal de los menores demandados, por cuanto no está comprobado en autos que lo sea la señora Lucila Osorio viuda de Molina, es manifiesta, y debe declararse, ya que se alega por la parte a la cual asiste el derecho, o sea, la ilegítimamente representada.

No cabe decir que se trata de un medio nuevo en casación porque, según queda visto, al estimar el Tribunal que la capacidad de los menores para comparecer en juicio estaba debidamente acreditada, implícitamente afirmó que no existía la nulidad invocada. De otra parte, tratándose de una cuestión que toca con el pre-

cepto constitucional de que nadie puede ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, en las cuales se comprende la de que los incapaces se hallen debidamente representados en pro de su defensa, claramente se ve que la nulidad toca con el orden público, y puede invocarse sin que constituya medio nuevo. Consagradas las nulidades de que trata el artículo 448 del Código Judicial como la causal 6ª de casación, no puede decirse que en su invocación haya un medio nuevo.

Como el cargo prospera, la sentencia debe casarse y declararse nulo todo lo actuado con anterioridad a la notificación del auto por el cual se abrió a prueba el negocio en primera instancia, para que la parte demandante tenga oportunidad de acreditar los hechos relacionados con la representación legal de los menores demandados Molina Osorio.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y nueve en el juicio ordinario seguido por Jaír y Amparo Gutiérrez, representados por Rosalba Gutiérrez Peña, contra los menores Hernán, Beatriz, Lucila, Consuelo, David y Ramiro Molina Osorio, herederos de David Molina, que se dicen representados por su madre legítima Lucila Osorio v. de Molina, y, en su lugar,

RESUELVE:

Declárase nulo todo lo actuado con posterioridad a la notificación del auto de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis por el cual se abrió el juicio a prueba.

Las costas del recurso a cargo de la parte demandante en él.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Enrique J. González, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del señor Diego E. Cristancho, Relator Judicial Auxiliar.

REVISION EN MATERIA PENAL. ORDINAL 5º DEL ARTICULO 571 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Supuestos excepcionales para dejar sin fundamento la sentencia condenatoria. Si los hechos nuevos o las nuevas pruebas no atacan de fondo, por su base y en lo sustancial, el recaudo probatorio hallado apto para proferir sentencia condenatoria, la revisión es improcedente. La ausencia de motivo determinante no es circunstancia que ponga en duda la imputación. Formas de delincuencia.

1. **Hay lugar a** revisión **(ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. P.)** "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

De acuerdo con el texto transcrito, la acción dirigida a dejar sin fundamento la sentencia condenatoria que ha hecho tránsito a cosa juzgada, admite dos excepcionales supuestos: a) Los hechos nuevos o las pruebas no conocidas al tiempo de los debates ordinarios de la causa, establecen plenamente **la inocencia o irresponsabilidad del condenado, y b) Esos hechos o pruebas constituyen, cuando menos, indicios graves en el mismo sentido.**

2. La prueba de cargo, constituída por varios testimonios y por otros graves y vehementes indicios, al confrontarla con la que ahora se ofrece para la revisión, mantiene su primitivo valor. Aparte del origen sospechoso de los nuevos testimonios, de los cuales no es propio decir que contienen la confesión de los verdaderos criminales y aparte, también, de la vaguedad y extemporaneidad de sus revelaciones, dichos elementos no tienen la entidad de indicios graves que hagan presumible la inocencia del recurrente. "Este recurso —expresó la Corte en sentencia de 25 de marzo de 1938, refiriéndose de modo concreto a la causal 5ª— no puede afirmarse en el artificio consistente en la afirmación de unos testigos de que el procesado estuvo ausente del lugar de los sucesos el día en que se cometió el delito, o en sostener que fue otra persona el autor del delito imputado al condenado". En realidad, si los hechos nuevos o las nuevas pruebas no atacan de fondo, por su base y en lo sustancial, el recaudo probatorio hallado apto por las instancias para proferir sentencia

condenatoria, la revisión es improcedente, pues como recurso extraordinario ataca la cosa juzgada, su admisión tiene que condicionarse, por preponderantes razones de orden público y respeto de la juridicidad de los fallos, a presupuestos probatorios que den sólido fundamento a la presunción de error judicial en la condena.

3. La ausencia de motivo determinante a que alude el señor apoderado no es circunstancia que ponga en duda la imputación. Ciertas formas de delincuencia que en el país se han hecho comunes, precisamente las más atroces y repugnantes, no obedecen a una razón concreta y personal de los criminales. Su conducta expresa simplemente la relajación moral determinada por una situación de violencia en la que intervienen factores disímiles, unas veces de odio político, otras, de índole económica, y muchas veces el sólo afán de sembrar el terror o satisfacer tendencias antisociales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Obrando como apoderado especial del reo Martín David Torres, el doctor Domingo Sarasty M., abogado titulado e inscrito, demandó ante esta Sala "la revisión del proceso" en el cual fue condenado su cliente a la pena principal de 24 años de presidio y accesorias de rigor, según fallos proferidos por el Juzgado 3º Superior de Pereira y Tribunal del mismo distrito el 12 de marzo y 3 de noviembre de 1958, respectivamente.

A la solicitud de revisión, que obra de folios 66 a 76 del cuaderno número 7, acompañó el actor los documentos que estimó procedentes para satisfacer las exigencias del artículo 572 del Código de Procedimiento Penal.

Por auto de 21 de febrero último se dio trámite al recurso en debida forma, ordenándose abrir el negocio a pruebas por el término de 30 días. Posteriormente, en providencia de 10 de marzo se dispuso practicar las solicitadas por el señor apoderado y reclamar del Juzgado del conocimiento el proceso original. Por último (auto de 5 de mayo) se corrieron los traslados que indica el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal.

Finalizada así la actuación, la Corte procede a resolver del mérito del recurso.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En la noche comprendida entre el 12 y 13 de enero de 1951, varios sujetos, de modo violento y bien provistos de armas, atacaron la casa de habitación del señor Francisco Montoya en la finca de nombre "San Antonio", corregimiento de Barragán del Municipio de Pijao (Caldas); dieron muerte al nombrado señor Montoya; causaron lesiones a sus hijos Ramón y Jesús; sometieron a accesos carnales a Ana Hortensia Gallego y Carmen Emilia Montoya, con amenazas e intimidaciones, y como episodio final delictivo robaron a sus víctimas una modesta suma de dinero ($ 22.00), prendas de vestir y algunas alhajas.

2. Abrió la investigación criminal el Inspector Departamental de Policía de Barragán el 13 de enero del mismo año, la que fue proseguida por la Alcaldía de Pijao y más tarde, por comisión del Fiscal 3º Superior de Pereira, por el Juzgado Municipal. Completada, en lo posible la etapa sumaria y dictado el auto de clausura (fls. 270 del C. 1º), de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, el Juzgado dictó la providencia de calificación (9 de noviembre de 1953) en la que dispuso llamar a juicio "y por los trámites en que interviene el Jurado" a Martín David Torres, Pedro Pablo Téllez y Manuel Sánchez, por los delitos de *homicidio, lesiones personales, violencia carnal* y *violación de domicilio.* Temporalmente los sobreseyó por el cargo de *robo,* y con igual resolución, por todas las imputaciones expresadas, favoreció a otros implicados en la investigación.

3. Sobre la providencia enjuiciatoria, en virtud del recurso de apelación, se pronunció la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 8 de abril de 1957, impartiéndole su aprobación (fls. 326 a 336 C. 1º).

4. A la audiencia pública celebrada el 3 de febrero de 1958 sólo concurrió, de los encausados, Pedro Pablo Téllez. Los otros dos, Martín D. Torres —a quien se contrae el recurso de revisión— y Manuel Sánchez, habían sido declarados reos ausentes y se les juzgó representados por sus defensores.

5. El Jurado, como aparece de folios 352 a 363 del cuaderno 10, afirmó la responsabilidad de los procesados por todos los cargos deducidos

en la vocación a juicio. Acorde la instancia con estos veredictos dictó sentencia condenatoria el 12 de marzo de 1958 e impuso en ella, para cada uno, la pena principal de diez y siete (17) años de presidio, fallo que el Tribunal reformó el 3 de noviembre del mismo año, elevando a veinticuatro años la sanción privativa de la libertad.

6. La prueba ameritada por las instancias para el llamamiento a juicio de los procesados y que también sirvió al Jurado para pronunciar los veredictos condenatorios, aparece debidamente compendiada en los autos calificadores. Por lo que respecta a Martín David Torres, en cuyo favor se ha demandado la revisión, los elementos de convicción que enmarcan su conducta criminal son:

a) Aparece como hecho cierto en los autos que los tres encausados fueron reconocidos como partícipes en la comisión de los graves delitos a que se contrae la investigación. Al sindicado Téllez lo identificó Arcesio Antonio Montoya; a Manuel Sánchez, Miguel Angel Montoya, y en cuanto a Martín David Torres, lo mismo Hortensia Gallego, a quien sometió el acceso carnal violento, que Carmen Emilia Montoya, víctima de igual agravio por otro de los forajidos, pudieron reconocerlo y mantener contra él los cargos hechos en sus declaraciones en diligencias de careos, cuyo poder incriminativo no logró menguarse en el curso del proceso;

b) Entre Téllez y Torres existían para la fecha de los hechos nexos de interdependencia, pues el primero era asalariado del segundo, por lo que la conducta asumida por ambos durante el sumario y la coartada que pretendieron demostrar con testimonios altamente sospechosos y parciales, afianza más la prueba que los compromete en la autoría de los delitos;

c) Del mismo modo la prueba que se ha allegado para dar viabilidad al recurso de revisión, como oportunamente se dirá al examinarla, permite entender que con el acusado Torres también tiene vinculaciones Manuel Sánchez, condenado en este proceso a quien no se le ha hecho efectiva la sentencia;

d) Téllez y Torres negaron en sus injuradas haber tomado parte en la comisión de los delitos y trataron con testimonios que las instancias criticaron fuertemente de establecer la coartada, con tan mala fortuna que, a más de no lograrlo, dejaron en evidencia sus maniobras en orden a aleccionar los deponentes. Sobre los aspectos de este proceder conviene copiar aquí lo dicho por el Juzgado en la providencia de calificación:

"El sindicado Téllez negó en un principio haber salido de la casa de Martín Torres, con quien trabajaba, la noche de los hechos. Pero como el mismo Torres manifestó que se había encontrado con él en la casa de Vicente Gómez, esa noche, y Clímaco Arango sostuvo que sí había salido de la casa de Torres, hubo de aceptar que en realidad salió, pero que regresó con Torres, sin participar en los hechos delictuosos y explicó que su afirmación inicial obedecía a que había confundido el jueves con el viernes. Esta salida de Téllez no tiene ningún asidero en las pruebas ya que dice que estuvo en la casa de Gómez rezando la Pasión y de autos consta que esta práctica se llevaba a cabo los viernes precisamente y no otro día de la semana ...

"Tanto Téllez como Martín David Torres negaron haber participado en la comisión de los graves delitos de que trata este proceso. Se dijo atrás que Torres manifestó haberse encontrado esa noche con Téllez en la casa de Vicente Gómez. Ya de acuerdo en cuanto a las correrías hechas por ellos esa noche trataron de establecer una perfecta coartada y para ello citaron peones, asalariados y agregados de Torres y también al señor Tito Mejía. Estos declaraban realmente dando sus versiones en cuanto a la estadía allá en el lugar, ya en otro, del citado Torres o de Torres y Téllez. Estas versiones que el abogado de Torres invocó como de diversidad acumulativa y dignas de credibilidad y con cuyas afirmaciones logró la excarcelación incondicional de ambos, lo mismo que el levantamiento del embargo que pesaba sobre los bienes de Torres, fueron sometidas a la crítica del testimonio por el señor Juez Penal del Circuito de Calarcá en el auto de que se habló al principio de esta providencia y del cual se transcribieron algunos apartes, en estos términos, que el Juzgado acoge por ser exactos:

" 'Valencia (Julio) dice que Martín Torres hizo su presentación en la cantina o fonda de Tito Mejía a las siete de la noche y que a las siete y media se marchó. Antonio Restrepo afirma que la llegada del aludido Torres se verificó de las nueve y media a las diez y que poco después se ausentó de allí. Tito Mejía sostiene que tal cosa ocurrió de nueve a nueve y media y que después de facilitarle un dinero se fue para su casa. La señora Isabel Ospina refiere que Martín Torres después de las andanzas de que éste habla en su indagatoria, llegó a su casa en asocio de Vicente Gómez su marido como a las

siete y cinco minutos y allí permaneció conversando o charlando con ellos hasta las once, hora en que se marchó a su casa con Pedro Téllez. Y Betsabé Gómez rectifica a su madre la anterior aseveración y sostiene que Martín fue visto en su casa a las diez de la noche y que a las once pasaditas se marchó con Pedro Pablo Téllez a su habitación. (Obsérvese que las diez de la noche fue la hora que indicó Clímaco Arango que debía señalar... (Fl. 85, Cuad. 3º) ...''

SOLICITUD DE REVISION Y SUS FUNDAMENTOS

Martín David Torres, cuya captura logró una patrulla del Ejército el 21 de junio de 1960 en territorio del Departamento de Santander, según la documentación que aparece a folios 20 y siguientes del cuaderno número 7, confirió poder al doctor Sarasty M. para demandar ante la Corte la revisión del proceso a que se ha hecho referencia.

En ejercicio de su mandato presentó la solicitud de revisión fundándola en que las ''circunstancias que se determinan en la prueba testimonial, que se acompaña, dan base y fundamento para afirmar, que en el presente caso, después de dictada la sentencia condenatoria, se está en presencia de hechos nuevos no conocidos dentro del proceso; hechos que constituyen indicios graves de que mi poderdante Martín David Torres G. es inocente, o no tiene ninguna responsabilidad en los hechos que dieron origen a la condena, —o por lo menos— como dice la Corte, 'existen elementos de juicio de fuerza demostrativa que conducen a presumir cuando menos, si no ya a evidenciar la irresponsabilidad del procesado'.''

Funda, pues, el recurso de revisión en la causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Las pruebas acompañadas para demostrar que se está ante el caso previsto en dicho ordinal fueron las declaraciones extra-juicio de Luis Antonio Rodríguez, Gonzalo Arias Arbeláez, Gonzalo Giraldo Zuluaga, Saúl Mario Gómez Arias, José Jesús Ortiz, César Aristizábal Muñoz, Gilberto Avila, Facundo Fajardo, Manuel de J. Cano, Bernardo Holguín, Marco Antonio Aguirre e Ignacio Menjura (fls. 39 a 62 Cuad. de la Corte). Todos los deponentes, con excepción de Manuel J. Cano, ratificaron sus testimonios en el término probatorio (fls. 82 a 105 del mismo cuaderno).

El contenido de estos nuevos elementos de juicio merece del señor apoderado este análisis, contenido en el alegato de conclusión:

''Parece innecesario reproducir lo dicho por los testigos, ya que sus exposiciones fueron consignadas en la demanda de revisión, y esas mismas afirmaciones —se repite— constan en las diligencias de ratificación.

''*Luis Antonio Rodríguez y Jesús Ortiz* (subraya la Sala) están acordes en afirmar que Manuel Sánchez, hizo la manifestación espontánea de que Martín David Torres, era injustamente perseguido por la justicia, pues, mi poderdante era inocente del hecho imputado, o sea de la muerte de Francisco Montoya; aceptando a la vez la plena responsabilidad del hecho, el cual fue ejecutado por Sánchez en compañía de Campo Elías Acosta.

''*Gonzalo Arias Arbeláez, Gonzalo Giraldo Zuluaga y Saúl Mario Gómez Arias,* sostienen enfáticamente, que Campo Elías Acosta, sujeto de pésimos antecedentes, como su compañero Manuel Sánchez, reveló ante esos testigos que Martín David Torres era ajeno a los sucesos de sangre en los cuales se produjo la muerte de Francisco Montoya, que ignoraba el motivo o razón por el cual se perseguía injustamente —por la justicia— a Martín David Torres y diciendo que Manuel Sánchez en acuerdo y cooperación conjunta con Campo Elías Acosta y Pedro Nelson Velásquez y otros, llevaron a cabo los hechos.

''*César Aristizábal, Gilberto Avila y Facundo Fajardo,* deponen sobre la circunstancia de que los hermanos Grajales, decían con anterioridad a los hechos en los cuales se produjo la muerte de Francisco Montoya, que en cualquier forma tenía que hacer salir de la región a Martín David Torres, bien sea por las buenas o por las malas, implicándolo en cualquier suceso de sangre, y nada más apropiado para esto que los hechos realizados en los cuales perdió la vida Francisco Montoya.

''Posteriormente a estos sucesos —los hermanos Grajales decían— 'que por fin habían conseguido lo que deseaban, como era el hecho de haber complicado a Torres en los sucesos de sangre y ataques ocurridos en la casa del citado Montoya, que ahora sí, tenía que abandonar la vereda o región, bien por las buenas o por las malas.

''*Manuel J. Cano,* se pronuncia en el mismo sentido, si bien es verdad que su presencia no

pudo llevarse a efecto para la ratificación de su testimonio, sin embargo esa declaración sirve de punto de referencia, para la demostración de los hechos invocados como causal de revisión.

"*Hernando Holguín, Marco Antonio Rodríguez e Ignacio Menjura,* aun cuando con estos testimonios no se acredita, ningún hecho nuevo, sin embargo ellos determinan la conducta intachable de mi poderdante y el comportamiento de un hombre honesto y honrado, 'incapaz de cometer un hecho violatorio no solo de las normas sociales sino de la ley penal'. Es decir con esos testimonios se demuestra la ninguna capacidad de mi poderdante para delinquir". (Fls. 123 y 124, C. de la Corte).

Ya sobre el valor que a las nuevas pruebas cabe atribuír, según el juicio crítico del señor apoderado, se atiene en parte al criterio de la Procuraduría Delegada y abona, por su cuenta, estas principales apreciaciones:

"Los testigos se exponen (sic) con certeza lo que oyeron de labios de los propios delincuentes dando la razón y motivo de sus declaraciones. No son testimonios de simples formas rituales sino la forma propia de sentir y expresar la manera como oyeron los relatos hechos sin ambigüedades, sin caprichos, sino con un contenido de verdad y de naturalidad propia del hombre que no dice mentiras.

"Es evidente que la circunstancia de acusarse a sí mismo en cierto modo repugna la conciencia humana, pero para que este factor se imponga con fuerza lógica, en el sentido de rechazar la confesión, sería necesario e indispensable que esa confesión falsa se imponga en el convencimiento del juzgador con fuerza y sentido de cosa absoluta e invensible (sic).

"...En este caso, seguramente, para confesar hubo sentimientos de orden moral psicológicos que llevaron a los verdaderos culpables a hacer dicha revelación. Bien pudo ser el remordimiento, el pesar y la angustia de ver condenado a un hombre inocente que nada tuvo que ver en la realización de los hechos; ora la presencia de ese sentimiento de simpatía o amor a la verdad que existe en todo ser humano; o ya también, el principio de la justicia frente a la injusticia de saber que por un hecho no realizado estaba sujeto a tela de juicio una persona ajena y extraña a los hechos por ellos ejecutados, ora, porque la confesión de su propio delito se hizo —como dice Framarino— 'POR VANIDAD O POR GANARSE LA ESTIMA DE SUS COMPAÑEROS DE DELINCUENCIA".

"Por otra parte, la confesión es creíble, pues versa sobre hechos en los cuales uno de los delincuentes tomó parte como verdadero autor y en esta forma sin timideces, sin ambajes (sic), con ostentación y alarde de celebridad cuenta sus hazañas. La confesión no sólo de Sánchez sino de Campo Elías Acosta en el sentido de que Martín David Torres no es responsable de los hechos por los cuales fue condenado, sino también en cuanto se declaran responsables tiene o reviste el sentido de sinceridad en cuanto al hecho relatado..."

Se refiere en último término el mandatario del reo a la ausencia de motivo determinante, que dice no existía por parte de Torres. Esto para concluír que no delinque el hombre si no tiene motivo, de acuerdo con la opinión de Pietro Ellero.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista fiscal el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal llega, de acuerdo con el demandante, a la conclusión de que está probada la causal de revisión, por cuanto "el primer hecho como el segundo, cuya calidad se ha expresado, no fueron conocidos en el debate de la causa, y, por ende, no han sido discutidos en este proceso".

Los argumentos centrales de la Procuraduría Delegada son del tenor siguiente:

"Es indudable que los testigos Luis Antonio Rodríguez (f. 104), Gonzalo Giraldo (f. 94), Gonzalo Arias (f. 87), Saúl Mario Gómez (f. 86), José de Jesús Ortiz (f. 82), aseveran en forma uniforme y razonada, un hecho nuevo no conocido durante la tramitación del proceso adelantado y fallado contra Martín David Torres y otros: dicho encausado no tuvo ninguna participación en los delitos de que da cuenta este negocio, en tanto que los sujetos Manuel Sánchez y Campo Elías Acosta aparecen haciendo la atestación de su intervención activa en tales eventos criminosos; de los anteriores sujetos a Manuel Sánchez se le condenó en el proceso cuya revisión se solicita, y en cambio, contra Campo Elías Acosta, ninguna incriminación le fue señalada en dicha investigación y únicamente ahora resulta aseverando por su propia boca que él fue el coautor de lo sucedido en la noche del 12 al 13 de enero de 1951.

"Importa destacar lo siguiente: si bien es cierto que los declarantes anteriores recibieron

las informaciones que refieren en circunstancias un tanto desconcertantes, pues llama la atención que Manuel Sánchez y Campo Elías Acosta revelaran su identidad de malhechores a desconocidos para ellos, es también manifiesto que, como sostiene el recurrente, tales individuos apenas relataban la historia de lo que ellos consideraban 'sus hazañas' para así propiciar miedo hacia sus personas y coaccionar psicológicamente a sus oyentes hacia el silencio encubridor de sus crímenes.

"Tal proceder no es extraño en zonas donde ha hecho su agosto la violencia, y, especialmente, en aquellos lugares donde la misma autoridad se ve imposibilitada en determinados momentos para obrar con presteza a la captura de los antisociales. Los denominados 'bandoleros o guerrilleros' se han creado la personalidad del matón que a voz en cuello grita sus crímenes como si se tratara de decir las cualidades que honran a cada uno: con todo desparpajo. Ya no se inclina la frente ante el espectador que incrimina los delitos cometidos, sino que altaneramente se pregona poseer las aberraciones asesinas de un Atila. Tal es, en síntesis, la personalidad de quienes han hecho del crimen su *modus vivendi*. Por todo lo anterior no sorprende en verdad, que tanto Sánchez como Acosta hubieran revelado a otras personas que ellos habían tenido participación activa en los delitos de que informa el proceso que se pide sea revisado. En los mismos autos obra constancia —y así lo reconoció el Juez *a quo* en el fallo de instancia f. 378 del tomo 2º— de la personalidad delictuosa de Sánchez. Sobre el mismo particular se pronuncia, también, Manuel J. Cano en la declaración producida extra juicio y cuyo texto aparece al folio 57 del último cuaderno. Lo mismo afirma Saúl Mario Gómez Arias (F. 86).

"Ahora bien: atendido el principio que consagra el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal sobre la manera de 'apreciar razonadamente' la credibilidad del testigo, es manifiesto que los declarantes cuya versión se viene estudiando, denotan poseer las condiciones personales y sociales suficientes para que su dicho no sea menospreciado. En realidad, ningún dato obra en estos autos que permita considerarlos como personas mentirosas o no poseedoras de esa virtud característica a algunos hombres: la honorabilidad. Incluso Saúl Mario Gómez Arias había desempeñado el cargo de director de la cárcel de dicho lugar (f. 86).

"Por otra parte, la versión que tales testigos producen es uniforme, verosímil, razonada y no revela interés alguno en faltar a la verdad. Todo lo anterior hace sus asertos dignos de credibilidad.

"De lo expuesto es fácil deducir que se ha comprobado un hecho nuevo, no discutido durante los debates de la causa, que constituye al menos un indicio grave de la irresponsabilidad penal de Martín David Torres en los hechos criminosos que determinaron el proceso cuya revisión es solicitada.

"Los testimonios de César Aristizábal (f. 88) y Gilberto Avila (f. 91) son demostrativos de un hecho nuevo, que reviste la calidad exigida por el ordinal 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. En verdad, tales declarantes afirman haber escuchadò las manifestaciones proferidas por los 'hermanos Grajales' en el sentido de que, a causa de la diversidad de opiniones políticas con Martín David Torres, 'en cualquier forma tenían que hacer salir a Torres porque no era de su agrado o simpatía', que 'tenían que hacer salir al señor Martín David Torres, por cuestiones políticas'. Los asertos de estos testigos revelan uniforme y razonadamente que existía, pues, prevención por parte de los hermanos GRAJALES hacia Martín David Torres y que ellos habían hecho la advertencia de que procurarían por cualquier medio lograr que Torres abandonara la región. Si lo anterior tuvo ocurrencia, es obvio que la incriminación contra Torres y por la cual se halla actualmente condenado, pudo tener origen en actividades criticables y gravemente ilícitas de los hermanos Grajales. Ello, al menos, permitiría afirmar en la actualidad que existe sobre este particular (el origen de la imputación a Martín David Torres por los hechos de que trata este proceso) una duda razonable.

"La prueba nueva que se examina revela en consecuencia, que se ha producido un hecho nuevo que jamás fue debatido en las instancias del proceso ya fallado contra Martín David Torres, hecho que constituye un indicio grave de la presunta irresponsabilidad del procesado Torres.

"Este Despacho no se detiene a examinar otros aspectos de la demanda presentada por el abogado que apodera, con tanto acierto, al condenado Martín David Torres por considerar que no plantea en tales temas la comprobación de hechos nuevos, al tenor de la exigencia del ar-

tículo 571 del Código de Procedimiento Penal en su ordinal 5º. Además, el análisis de la prueba nueva que ha sido producida durante la tramitación de este recurso extraordinario es concluyente en este sentido:

a) "Se ha producido un hecho nuevo que es demostrativo, al menos, de la posible inocencia de Martín David Torres, cual es la incriminación que sobre Manuel Sánchez y Campo Elías Acosta se atribuyen estos mismos sujetos por los eventos criminosos ocurridos en la noche del 12 de enero de 1951, para aseverar, por otra parte, que Torres no tuvo ninguna participación en los delitos cometidos en esa fecha y que originaron este proceso.

b) "Se ha demostrado un hecho nuevo consistente en el deseo manifiesto de los hermanos Grajales para lograr que Martín David Torres, sea como fuere, abandonara la región de Pijao, lo que permite pensar que allí puede reposar el origen de los cargos contra Torres que determinaron la incriminación en su contra, pues solamente así es explicable el beneplácito que, se dice por los testigos César Aristizábal y Gilberto Avila, experimentaron los hermanos Grajales con ocasión de la captura del reo Martín David Torres".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Hay lugar a *revisión* (ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. P.) "*cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera* indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

De acuerdo con el texto transcrito, la acción dirigida a dejar sin fundamento la sentencia condenatoria que ha hecho tránsito a cosa juzgada, admite dos excepcionales supuestos: a) Los hechos nuevos o las pruebas no conocidas al tiempo de los debates ordinarios de la causa, establecen *plenamente* la inocencia o irresponsabilidad del condenado, y b) Esos hechos o pruebas constituyen, cuando menos, indicios graves en el mismo sentido.

2ª En el caso cuya revisión se pretende por el actor el primer supuesto no autoriza debate alguno, pues con las declaraciones traídas para apoyar el recurso se trata exclusivamente de *poner en duda* el acervo probatorio que dio certeza a los jueces de hecho y de derecho para sus decisiones, o mejor, lo que se pretende es averiar la prueba de cargo, restarle credibilidad y firmeza, y con la confusión, edificar la hipótesis de un error judicial.

Pero ocurre que esos nuevos elementos de juicio están constituídos por testimonios que de referencia dan razón de afirmaciones hechas por Manuel Sánchez (condenado al igual que Torres en este proceso) acerca de la inocencia del recurrente, ya que de los delitos se confesaban autores Sánchez y Campo Elías Acosta. Tal es lo que deponen Luis Antonio Rodríguez, Jesús Ortiz, Gonzalo Arias, Gonzalo Giraldo y Saúl Mario Gómez. Por su parte, los testigos César Aristizábal, Gilberto Avila y Facundo Fajardo, insinúan que por prevención, enemistad u odio, Torres fue injustamente sindicado. Por último, los declarantes Holguín, Rodríguez y Mejura sólo testifican sobre la conducta del recurrente, circunstancia ésta que no tiene atinencia en el recurso de revisión.

3ª Esas supuestas confesiones extrajudiciales *espontáneamente* expresadas por Sánchez y Acosta, sin motivo aparente alguno, por los años de 1953 y 1951, es decir, antes de ser fallada la causa, nada ameritan y a quienes las vierten en sus tardías y requeridas declaraciones un juez desprevenido y sensato tiene que tomarlos como testigos sospechos y no merecedores de credibilidad.

4ª Se torna extraño que siendo Martín David Torres conocido y relacionado de los otros dos reos y habiendo tratado en la investigación de crear una coartada para sí y Pedro Pablo Téllez, que no prosperó y puso en evidencia su falsedad, haya podido encontrar, ya ejecutoriada la condena, una defensa para su causa por el citado Sánchez, y por el contrario, Téllez, único que está cumpliendo pena, hubiera quedado en desamparo, a pesar de que fue con éste con quien dijo haber estado la noche de los sucesos.

5ª Contra estos testimonios traídos por el señor apoderado ante la Corte como base para la revisión, de contenido equívoco y de origen altamente sospechoso, el juicio ofrece un haz probatorio de cargo irrefutable y verídico. Mientras los testigos en que se apoya la demanda hablan apenas de los hechos en que perdió la vida Francisco Montoya, las víctimas de los delitos de violencia carnal están señalando en el proceso a Torres como uno de los autores de esos incalificables atropellos, sin que aparezca de autos dato o indicio, así el más leve, de que tuvieran interés en una falsa imputación.

No es común ni racional que la persona ofendida con un delito atribuya su comisión al inocente. Podrá mentir o exagerar en las circunstancias o modalidades del hecho, pero su interés fundamental radica en señalar al verdadero ofensor.

Las declaraciones de quienes fueron víctimas de los referidos delitos son, además de sinceras, prueba de excepcional valor para determinar la responsabilidad de los reos en relación con los demás hechos (homicidio y lesiones personales) y establecer el concurso en que obraron los autores, guiados por el mismo propósito, bajo el mismo designio criminal y en una empresa común.

6ª La prueba de cargo, constituída por esos testimonios y por otros graves y vehementes indicios, al confrontarla con la que ahora se ofrece para la revisión, mantiene su primitivo valor. Aparte del origen sospechoso de los nuevos testimonios, de los cuales no es propio decir que contienen la confesión de los verdaderos criminales y aparte, también, de la vaguedad y extemporaneidad de sus revelaciones, dichos elementos de convicción no tienen la entidad de indicios graves que hagan presumible la inocencia del recurrente. "Este recurso —expresó la Corte en sentencia de 25 de marzo de 1938, refiriéndose de modo concreto a la causal 5ª— no puede afirmarse en el artificio consistente en la afirmación de unos testigos de que el procesado estuvo ausente del lugar de los sucesos el día en que se cometió el delito, o en sostener que fue otra persona el autor del delito imputado al condenado". En realidad, si los hechos nuevos o las nuevas pruebas no atacan de fondo, por su base y en lo sustancial, el recaudo probatorio hallado apto por las instancias para proferir sentencia condenatoria, la revisión es improcedente, pues como recurso extraordinario que ataca la cosa juzgada, su admisión tiene que condicionarse, por preponderantes razones de orden público y respeto de la juridicidad de los fallos, a presupuestos probatorios que den sólido fundamento a la presunción de error judicial en la condena.

7ª No se está ante la situación enunciada. La prueba de cargo subsiste en su integridad, sin que las declaraciones aportadas ahora permitan hablar de indicios graves de inocencia, que es lo que se pretende con la demanda.

8ª La ausencia de motivo determinante a que alude el señor apoderado no es circunstancia que ponga en duda la imputación. Ciertas formas de delincuencia que en el país se han hecho comunes, precisamente las más atroces y repugnantes, no obedecen a una razón concreta y personal de los criminales. Su conducta expresa simplemente la relajación moral determinada por una situación de violencia en la que intervienen factores disímiles, unas veces de odio político, otras, de índole económica, y muchas veces el sólo afán de sembrar el terror o satisfacer tendencias antisociales.

DECISION

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— en desacuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DENIEGA el recurso extraordinario de revisión a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase la actuación al Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO

Inspección ocular. Análisis y crítica científica del testimonio. Prueba indirecta. Las discrepancias en datos no esenciales, no desvirtúan el testimonio humano. Objetivos de la Corte en casos de avaluación probatoria. Autonomía de los Jueces de Derecho en la función de juzgar.

1. La inspección ocular es una prueba distinta de la diligencia del levantamiento del cadáver. Ambas pueden ser útiles a los fines de la instrucción; pero puede muy bien que no sea necesaria la primera cuando la segunda cumplió inmediatamente después de los hechos con la tarea indispensable de practicar en el lugar mismo de los acontecimientos un examen detenido de la ocurrencia de ellos, examen que dio por resultado precisamente que se encontraran algunos de los indicios que en colaboración con la prueba testimonial sirvieron para establecer la responsabilidad de los ejecutores del ilícito.

2. El análisis desvertebrado y unilateral del testimonio, puede ser útil para producir determinada solución de continuidad en la mente del Juez, para crearle una preocupación que le obligue a escudriñar la fuerza del razonamiento. Esto no precisa controversia. Pero no sucede lo mismo cuando una serie de incidencias probatorias surgen en un determinado caso, todas las cuales necesitan aglutinarse de manera que conduzcan a la explicación y comprobación de un hecho.

Un solo hecho indicador nada resuelve ni sirve para comprobar una verdad. Pero varios hechos establecidos sí llegan a conformarla aún en grado de certeza judicial; que no es ni mucho menos la misma de la certeza metafísica, porque ésta escapa a la capacidad humana y el Juez por servirse de este criterio no puede aspirar a tanta plenitud.

Con estos presupuestos resulta necesario afirmar que el método de raciocinio determinado por el examen analítico de los indicios separados, no conduce a la verdad. Esta ha de ser la suma de las probabilidades, que cuando ellas llevan a asociar todas las incidencias de un hecho, de manera que expliquen una verdad procesal, no es posible desestimar sus consecuencias, solo porque sometidas a un proceso diferente sí presentan un margen de verdad que sirve para negar una evidencia penal.

Las discrepancias ocasionales de un testimonio, cuando no son sustanciales, a lo más implica la natural e incoercible deficiencia humana para retener todas las incidencias de un suceso. Por ello mismo la declaración, en términos generales y según la naturaleza de las circunstancias, debe tomarse en su contenido global, sin recurrir al expediente de discriminar sus partes, porque entonces no es aquélla la que proporciona el modo de percibir el testigo, sino lo que el intérprete quiera ver en ella. Esto último la desvirtúa en su contenido y la primera la desintegra, porque no le hace decir lo que verdaderamente significa como criterio de certidumbre legal.

Una crítica auténtica al acervo probatorio de autos sería demostrar que los testigos no ofrecen serios motivos de credibilidad, dentro de los principios de la crítica científica del testimonio, porque en las circunstancias en que observaron los hechos no estaban en posibilidad de percibirlos de manera que sirviera de criterio de verdad, como elemento de juicio. Ello no se hizo, para en cambio someter a esos testigos de cargo a una discriminación minuciosa, de detalles subalternos que pueden ser útiles para lograr determinada pretensión, pero que no aportan nada para su rechazo total como lo pretende la demanda.

Es notorio que la discriminación del testimonio con tal método no permite una auténtica valoración del mismo. Cuando se trata de un proceso de prueba circunstancial el conjunto de hechos precisa valorarlos dentro de la ley de probabilidades que produzca a una inferencia lógica en orden a demostrar una verdad legal-moral de consecuencias afirmativas sobre una determinada actividad criminosa. Si todos los hechos confluyen a establecer una consecuencia, como es que no existan contraindicios que demuestren los hechos positivos en que se fundan los indicios acusadores, la mente se encuentra en la posibilidad, dentro del cálculo de probabilidades, de llegar a una afirmación, cual es que el cúmulo de hechos indirectos, suministra base bastante para dar por establecida una responsabilidad por la suma de factores afirmativos —no destruídos por los negativos— que lo demuestran.

3. La prueba indirecta en este caso no surge sino de una circunstancia: de que los testigos no presenciaron directamente el ataque en que perdió la vida el occiso. Pero, en cambio, sí demuestran otros elementos de juicio suficientes para contrarrestar aquella ocurrencia.

4. Las discrepancias en datos no esenciales no desvirtúan el testimonio humano. Es apenas natural que la memoria no retenga sucesos o palabras y que tampoco en momentos emocionales como los que siguen a un hecho trágico, claramente sea posible determinar a cuál de los circunstantes o de los espectadores pertenece una frase, una palabra o una expresión. Esto no es lo fundamental. Lo que sí lo es proviene de que los testigos no discrepen en un hecho esencial.

5. Lo que a la Corte importa en casos como éstos de avaluación probatoria, es examinar si la apreciación de ella hecha por el Tribunal no constituye un evidente error ni equivocación protuberante. Los Jueces ad quem tienen de conformidad con la ley algunas facultades arbitrales para señalar el contenido de la prueba de manera que ella conduzca a establecer la verdad legal-moral necesaria para deducir una responsabilidad penal.

6. Cuando el fallador de instancia no se ha excedido en la valoración de la prueba, ni aparece en ello un protuberante error, no es posible admitir, como ya lo ha dicho la Corte, un simple criterio de oposición al valor legal de esa misma prueba, fundado en tachas o conjeturas que fuera de no estar demostradas, conduciría a admitirse, en todos los casos, casar o invalidar todos los fallos y lo que es todavía más grave, desconocería la prudente autonomía de los Jueces de Derecho en la función de juzgar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Mediante poder que le fue conferido por el procesado Carlos Emilio López Arbeláez, el doctor Julio César Olaya Perdomo interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 20 de junio de 1960, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, la que condenó a su defendido a la pena principal de quince (15) años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio, reformando así la dictada por el Juzgado Superior de Armenia, de fecha 25 de noviembre de 1959, que lo había condenado a diez y siete (17) años de igual pena.

La demanda ha sido admitida por la Corte en virtud de encontrarse de conformidad con las exigencias legales. Sobre el mérito de ella habrá de pronunciarse la Sala.

HECHOS:

El relato de los hechos tal como surge del proceso, es el siguiente:

Cuando hacía recorrido entre las ciudades de Caicedonia y Armenia en un automóvil distinguido con las placas números 027091, su conductor Benjamín Giraldo Toro, fue atacado y herido con arma corto-punzante, en las inmediaciones del caserío de Barragán, jurisdicción del Municipio de Pijao en el Departamento de Caldas. Momentos después, cuando se intentaba conducirlo a Caicedonia, donde debía recibir atención médica de urgencia, Giraldo falleció a consecuencia de las heridas recibidas, en el interior del mismo vehículo en el que fue agredido. El levantamiento del cadáver lo practicó el Inspector de Policía del Corregimiento de Barragán.

Antes de producirse el deceso de Giraldo, y cuando éste se encontraba fuera del automóvil, apareció en la vía un bus de pasajeros del

"Expreso Palmira". Varios de sus ocupantes, ante las señales del occiso alcanzaron a ver a los atacantes que huían por un potrero aledaño. La oportuna intervención de un agente de policía que viajaba en el bus, permitió la captura de los homicidas. Tales hechos tuvieron ocurrencia el día 30 de mayo de 1958.

ACTUACION PROCESAL:

El mismo día de los acontecimientos, el Inspector Departamental de Pijao inició la correspondiente investigación, la que luego fue adelantada por el Juez 55 de Instrucción Criminal. Este funcionario dictó auto de detención contra los sindicados Carlos Emilio López Arbeláez y Miguel Angel Morales Saavedra, visible a folios 36 y siguientes del primer cuaderno.

La Inspección Departamental de Barragán concluyó la instrucción del sumario, por comisión conferida por el Juez Superior de Armenia a quien correspondió conocer del negocio en primera instancia. Este último funcionario, en auto de 7 de octubre de 1959 (fs. 109 del primer cuaderno), declaró cerrada la investigación y puso los autos a disposición de las partes por el término de tres días para que formularan sus alegatos, dando en esta forma aplicación al Decreto Extraordinario número 0012 de 4 de junio de 1959. Realizada esta etapa procesal, el Juzgado Superior de Armenia, en providencia de 25 de noviembre de 1959, condenó a los procesados López Arbeláez y Morales Saavedra a la pena principal de 17 años de presidio, con base en el artículo 363 del Código Penal, dadas las circunstancias en que se cometió el homicidio, el que revistió carácter de asesinato.

Subido el negocio al Tribunal Superior de Pereira para su conocimiento en segundo grado, el 20 de junio de 1960 profirió sentencia en igual sentido que el *a quo*, pero con la diferencia de imponerles a los procesados la pena de 15 años de presidio.

Basó su fallo el Tribunal en el hecho de existir una amplia prueba testimonial en contra de los procesados. Testimonios rendidos por personas de la más completa credibilidad, como el Alcalde Municipal de Génova, el Agente de Policía que realizó la captura y una religiosa que viajaban en el "Expreso Palmira". Igualmente se apoya el *ad quem* en las manifiestas contradicciones en que incurrieron los procesados en sus indagatorias, en el hecho de habérseles encontrado en sus cuerpos manchas de sangre y a la circunstancia muy importante de que se les vió cuando fueron detenidos por la orden perentoria de la autoridad representada en el agente de policía que los capturó, arrojar el cuchillo que portaba en la mano uno de los sindicados, el cual fue recogido inmediatamente, pues el del otro sindicado, quien también lo arrojó dentro del pasto, fue recogido después al practicarse diligencias propias de la investigación de un delito de tal índole.

DEMANDA:

El recurrente invoca como causales de casación las contenidas en los numerales 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Esta última de manera subsidiaria. Destina el Capítulo I de la demanda a demostrar la existencia de la causal 2ª y el Capítulo II a probar la violación de la ley en que incurriera el Tribunal por aplicación indebida de la misma, estructurándose en esta forma la demostración de la causal 1ª. Subdivide los dos capítulos en secciones tendientes a establecer las violaciones de los artículos 203 y 205 del Código de Procedimiento Penal, y 19 y 385 del Código Penal.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace una completa síntesis de los cargos que formula el impugnador contra el fallo recurrido. La Sala encuentra que su reproducción constituye un valioso elemento para conocer detalladamente los fundamentos de la demanda, y también un adecuado tecnicismo para hacer referencia a ellos cuandoquiera que sea preciso en orden a contestarlos para su examen, a fin de comprobar si corresponden a la verdad procesal o no tienen asidero en ella.

Dice así:

a). "Critica el opositor de la sentencia el hecho de que el Tribunal Superior de Pereira da como probado el que el cuchillo y los trozos de camisa hallados por el Juez 55 de Instrucción Criminal dentro de una inspección que practicara sobre el terreno, constituyen indicios en contra de Carlos Emilio López. Al aceptar como probado este hecho el fallador de segunda instancia incurrió en un manifiesto error de derecho; pues hizo caso omiso de las prescripciones del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal que determina la manera como los funcionarios de instrucción practiquen inspecciones oculares orientadas a la búsqueda de los rastros o señales que haya dejado la infracción. La manera como debe practicarse esa pesquisa es por medio de una inspección ocular, tal

como lo prescribe el artículo 211 del mismo estatuto.

"Para el caso de autos, esta inspección ocular en la forma consagrada en el artículo 212, 215 y 298 del Código de Procedimiento Penal no se efectuó. Al procesado no se le concedió el derecho de intervenir en la práctica de la prueba, según lo recomienda el artículo 209 (debió decirse 298) del mismo estatuto.

"El honorable Tribunal Superior de Pereira en la sentencia que se trata de impugnar dio como plenamente probado el aspecto de la pertenencia de los cuchillos y el de la existencia en las alambradas de fragmentos de tela correspondientes a la camisa que portaba el día de los hechos el procesado. Para sacar avante sus asertos el demandante transcribe apartes de la sentencia consagrados en el folio 151 y 152 del expediente.

b). "Hace consistir el segundo cargo en que el Tribunal dio por sentado el hecho de que en los alrededores del lugar del crimen no cabía la posibilidad de que estuviera persona alguna distinta a López y a su compañero en el momento de producirse las agresiones contra Giraldo Toro. Inserta en valimento de su tesis, el párrafo contenido al folio 150 dentro del cual la Corporación asevera lo atrás concluído. Aprecia el impugnador que se incurrió en manifiesto error de hecho al darle a la prueba un valor que no tenía pues el mero estudio de las fotografías del escenario del crimen permite evidenciar que frente al sitio en que quedó herido el conductor Giraldo existe un guadual que posibilita perfectamente el que una persona se oculte dentro de él sin ser observada. Para refrendar este mismo tópico hace relación del testimonio del señor José Renán Giraldo Toro, hermano de la víctima, y visible a los folios 14 y 14 vuelto, en el que éste da cuenta a la justicia de que supo de la muerte de su hermano por la información que le diera un individuo que observó los hechos desde el guadual referido.

"Comenta que la deducción hecha por el Tribunal engendra un craso error de apreciación de las fotografías que obran al folio 25 y que al declarar que persona alguna se encontraba en los alrededores, desconoce el valor real de ellas, les da una errónea interpretación, y entra a violentar el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, dando por establecido un hecho del que no puede inferirse lógicamente la existencia de otro. De contera, la Corporación violó también los artículos 203 y 223 de la misma obra al dar por plenamente probado un hecho apreciándolo como indicio, y al dictar sobre la base de él sentencia condenatoria en materia criminal sin obrar legalmente producida la plena prueba o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella.

c). "El *ad quem* consideró como indicio contra Carlos Emilio López el que tuviera manchas de sangre en el cuerpo y presentara rasgadas sus ropas, no obstante las explicaciones que el mismo López diera sobre la forma como se produjeron estos hechos. Al obrar así, considera el demandante, que el Tribunal incurrió en violación del artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, confiriéndole categoría de indicio dejando de estar plenamente probado el hecho indicado.

Arguye, además, el impugnador, que para el caso hubo violación de los artículos 216 y 203 de la misma obra, puesto que no se podía inferir del hecho de que López tuviera manchas de sangre y de que ellas correspondieran a la de Giraldo Toro a menos que se hubiera probado que no era del mismo procesado dicha sangre. Esta prueba no existe contenida en autos, se genera una nueva violación de los artículos 223 y 203 del Código de Procedimiento Penal.

d). "Al afirmar el Tribunal y declarar como probada la existencia de un ataque contra el motorista o conductor Giraldo Toro, producido dentro del interior del vehículo que manejara, y no desde el exterior del mismo; la Corporación lo hizo sin existir plena prueba de esta circunstancia, violando los artículos 223 y 203 del Código de Procedimiento Penal.

"Al efecto cita el impugnador el aparte correspondiente de la sentencia que obra a folio 151 y discrimina que mal puede deducirse que de ser dos las personas que viajaban en el vehículo manejado por Giraldo, hubieran de ser ellas, necesariamente, las causantes de la agresión dentro del mismo vehículo.

"Auspiciando este mismo aspecto sobre las conclusiones del acta de necropsia del motorista Giraldo Toro, dice el impugnador que se puede apreciar que cuatro de las seis heridas le fueron propinadas en la región izquierda del cuerpo y de la línea media del mismo hacia afuera. Sobre esta base, y dada la posición que ocupaba el conductor no podía ser víctima desde dentro, del ataque que le ocasionó las heridas en la espalda, porque lo impedían el asiento delantero y la puerta del lado izquierdo. Finaliza este cargo concluyendo que hubo una apre-

ciación errónea del Tribunal al afirmar gratuitamente, sin ningún respaldo probatorio, que el ataque provino del interior, no del exterior.

e). "Este cargo se reduce al comentario de las distintas declaraciones de que echó mano el Tribunal para hacer la afirmación de que dentro del caso existía una completa prueba testimonial merecedora de toda credibilidad. Al efecto, consagra y estudia las declaraciones de Sergio Rojas a folios 20 y 21 vuelto, de la religiosa Sor Inés García, folio 57 y 57 vuelto, de Arturo Sánchez, folio 24 y 24 vuelto, de Jesús Parra, folio 67 y 67 vuelto. Sobre el primero de los testimonios nombrados afirma que no arroja esta declaración claridad ninguna sobre el hecho; la considera mentirosa y la coteja con la de la religiosa García para criticarla como desajustada a la realidad de los hechos y sin base ninguna de comprobación. Al apreciarlo, tal como lo hizo el Tribunal, se violó abiertamente el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

"Este testimonio es valorado por el impugnador como integramente meritorio y desinteresado. No le opone reparo ninguno, mas en cambio, rechaza la interpretación que al mismo le dio el Tribunal al folio 150 del expediente en el sentido de hacer manifestar a esta religiosa que cuando llegaron al lugar donde se encontraba el vehículo éste dijo: 'cójanlos' y señalaba el lugar donde iban corriendo López y Morales. Para el impugnador fueron violados los artículos 224 y 203 del Código de Procedimiento Penal.

"A la declaración de Arturo Sánchez dio el Tribunal de Pereira una interpretación distinta de lo que en realidad expresara este deponente, incurriendo en error de derecho por violación de los artículos 224 y 203 de la obra citada.

"En cuanto a la de Jesús Parra González, declarante a quien considera el impugnador como un individuo egocentrista pero carente de personalidad, afirma que el Tribunal concedió a su declaración un valor demostrativo que no posee y al hacerlo violó los artículos 204 y 205 del Código de Procedimiento Penal, al tiempo que el 224 y 203 de la misma obra, toda vez que desconoció la existencia del testimonio de José Renán Giraldo Toro.

f). "El Tribunal dio por probado el hecho de haberse hallado en poder de uno de los incriminados, la llave del encendido del vehículo, cuando tal afirmación carece de comprobación dentro del expediente. Para tal fin examina las declaraciones de María Muñoz (f. 58) y de Sor Inés García, junto con la de Israel Peñuela a folio 20 y 21 vuelto, y concluye que en cuanto a la primera se trata de una simple testigo de oídas, y en cuanto a la segunda, es una declaración sospechosa a la que no puede dársele credibilidad sin violar los artículos 224 y 203 del Código de Procedimiento Penal.

g). "Encuentra el impugnador altamente censurable la conducta del Tribunal al dar por sentado, sin asidero probatorio, que López Arbeláez no logró axplicar su presencia en el sitio de los acontecimientos, estimando así probada su participación en el homicidio de Giraldo Toro. Se refiere a la indagatoria rendida por este procesado, y sobre la base de ella, considera que hubo error de la Corporación al apreciar como probado dicho hecho, mediante una inferencia errada que condujo a la violación de los artículos 216, 223 y 203 del Código de Procedimiento Penal.

h). "Este último cargo, es prácticamente, una suma o compendio de todos los anteriores, ya que, al declarar el Tribunal que existía plena prueba de la responsabilidad de los procesados como autores del delito de homicidio con características de asesinato en la persona de Giraldo Toro, mediante la errada conclusión de que los diversos hechos existentes en el proceso, referentes a los incriminados, tenían a la luz de nuestro sistema probatorio la categoría de indicios; lo hizo violando los artículos 216, 22, 217 y 203 del Código de Procedimiento Penal.

"Según el impugnador no existe en el presente negocio indicios que hagan verosímil la responsabilidad de los incriminados en su carácter de coautores. Presta mérito a esta afirmación el dictamen médico obrante a folio 48 de que hizo uso el Tribunal para aplicar el artículo 363 del Código Penal sin que respecto a cada uno se encontrara acreditado su grado de participación en el delito.

"La Corporación, al decir del demandante parte de la existencia dentro del dictamen médico legal, del hecho de que dos de las seis heridas eran de carácter mortal; de que en el proceso se encontraba debidamente acreditado el hecho de que ambos incriminados portaban cuchillos; y de que, finalmente, las heridas fueron causadas con arma corto-punzante.

"Afirma el recurrente, que la Corporación incurrió en error al sostener que el dictamen médico expresara que dos de las heridas sufridas por Giraldo, tuvieran carácter mortal, por cuan-

to el dicho dictamen en ninguna parte así lo dice; y que no obstante la libertad que tiene el fallador para apreciar el mérito o demérito de un peritazgo a la luz del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, ello no le permite, en manera alguna, llegar a conclusiones personales.

"El proceso no demostró que los incriminados portaran cuchillos, por la simple razón de que el Juez al practicar una diligencia de inspección ocular, que procesalmente es inexistente, hallara una de esas armas. Sobre estas bases no podía sacarse en conclusión, como lo hizo el Tribunal, que los incriminados habían actuado en el delito como coautores.

"Anclado sobre este raciocinio el recurrente afirma que el Tribunal de Pereira, al aplicar la pena señalada en el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, incurrió en evidente error de hecho que trajo como consecuencia la violación de los artículos 204, 205, 216 y 223 del Código de Procedimiento Penal.

"Ocho cargos, pues, precisa la demanda por errada interpretación o apreciación de los hechos en la sentencia, a los que se les dio por el Tribunal un valor probatorio que no tienen, o se les negó el que sí tienen. Por razón de método, procederá a responderlos este Despacho antes de entrar a sintetizar los cargos contenidos en la sección 2ª de la demanda, que gira alrededor de la omisión del Tribunal en la apreciación de hechos que, no obstante estar acreditados en el proceso, dejaron de ser apreciados en la sentencia".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Después de analizar uno por uno los cargos anteriores para rechazarlos como fundamento para la invalidación del fallo y de hacer también referencia muy explícita a la segunda parte del libelo contentivo de la impugnación por haber dejado el Tribunal de apreciar otros hechos acreditados en el proceso, lo mismo que la causal 1ª alegada en forma subsidiaria, la que también rechaza porque los fundamentos en que se apoya la demanda resultan inexistentes, concluye el señor Procurador Segundo Delegado solicitando a la Corte que no case la sentencia materia del recurso y se deseche el mismo por no encontrarse justificadas ninguna de las causales invocadas (art. 569 del C. de P. P.).

SE CONSIDERA:

Como los cargos están enumerados y discriminados tanto en la demanda como en la contestación de la misma por parte del Ministerio Público, siguiendo una valiosa e inteligente técnica de casación, la Corte en atención a que todos ellos se reducen a idénticos argumentos en orden a separarlos por parte del demandante para el logro de sus pretensiones, escogerá el camino que mejor conduzca a la valoración de la prueba, siguiendo en esto el principio de que ésta analizada en conjunto sirve mejor para alguna conclusión o consecuencia, mientras que dispersa no conduce sino al embrollo, ajeno a toda lógica, ciencia en la que se apoya el examen de toda comprobación judicial, sobre todo penal.

El demandante, con el ánimo de desconocer los graves indicios que surgen del propio examen del terreno en donde el delito tuvo su cumplimiento, hace disquisiciones alrededor de que ningún valor tienen los hechos surgidos de aquel examen sobre el terreno, toda vez que ello se cumplió con desconocimiento de las prescripciones del artículo 298 del Código de Procedimiento Penal, que señala la forma como los funcionarios de instrucción deben ordenar la práctica de inspecciones oculares orientadas a la búsqueda de los rastros o señales que haya dejado la infracción, pero para que ello sea válido como elemento probatorio requiere, por mandato del artículo 211 ibídem, que por medio de un auto se señale con claridad los puntos materia de la diligencia, el lugar, la fecha y hora de ésta y los testigos o peritos que hayan de asistir a ella.

Este cargo no tiene consistencia alguna si se observa que el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal faculta ampliamente al funcionario instructor para practicar las diligencias conducentes a la recolección de los datos que sean indispensables a los fines de la instrucción, sin necesidad de recurrir a la práctica de la inspección ocular como prueba independiente, que puede ser una diligencia complementaria pero no indispensable cuando aquella se lleva a cabo, como en el caso, cumpliendo de manera debida con las formalidades que se consideren necesarias para recoger en el mismo terreno de los sucesos los datos oportunos y ciertos que requiere una buena instrucción criminal.

La inspección ocular es una prueba distinta de la diligencia del levantamiento del cadáver. Ambas pueden ser útiles a los fines de la instrucción; pero puede muy bien que no sea necesaria la primera cuando la segunda se cumplió

inmediatamente después de los hechos, dos horas en el caso, con la tarea indispensable de practicar en el lugar mismo de los acontecimientos un examen detenido de la ocurrencia de ellos, examen que dio por resultado precisamente que se encontraran algunos de los indicios que en colaboración con la prueba testimonial sirvieron para establecer la responsabilidad de los ejecutores del ilícito.

El hallazgo entonces de los cuchillos que sirvieron para la ejecución del delito, encontrados en el sitio donde fueron vistos por los primeros testigos que llegaron al lugar en donde se cumplió y en el cual fueron intimidados por el agente de policía Alfonso Cepeda Vega (fs. 16, 17 y 18), que los capturó, como puede apreciarse claramente en las fotografías que figuran a folios 25, cuyo detalle está rubricado por el Juez y Secretario que practicaron esa diligencia y encuentra amplia colaboración en las declaraciones de los testigos Cepeda Vega ya citado, Israel Peñuela Torres, folios 20 y vuelto, Sergio Rojas, folios 20 y vuelto y 21 y Arturo Sánchez Paneso, Alcalde Municipal de Génova, quien llegó al lugar de los acontecimientos en un vehículo público en viaje a la ciudad de Armenia, casi al mismo tiempo en que también llegara allí el bus del "Expreso Palmira", en que viajaban otros de los testigos. Este funcionario dio las órdenes pertinentes para que se conservaran lo mejor posible las circunstancias todas que rodearon el hecho.

Conviene a los fines de esta providencia citar como muy pertinente la declaración del señor Alcalde de Génova, que es como sigue:

"...El viernes próximo pasado, en las horas de la tarde, salí de la localidad de Génova con dirección a Armenia, en un automóvil de servicio público, cuyo conductor y número de vehículo y pasajeros no recuerdo, pero que sí venía el cupo completo. Es decir de cinco pasajeros, el viaje se hizo normal hasta el sitio denominado VUELTA DE CEILAN, en la carretera que de Barragán conduce a Barcelona, al salir de la vuelta y a unos doscientos metros aproximadamente, había un tipo tendido en el suelo y al llegar frente a él, el conductor del vehículo donde yo viajaba, lo detuvo y nos bajamos todos los pasajeros, cerca al tipo herido y a unos tres metros había un bus de pasajeros, pero no recuerdo de qué empresa, cerca al herido se encontraban unas hermanitas de la caridad, varias señoritas, muchos hombres y un agente de la policía con su fusil en actitud de disparar hacia la margen derecha viniendo. A unos cuarenta metros, aproximadamente y en dirección de la boquilla del fusil, venían dos tipos jóvenes, pero uno de ellos con las manos en alto, los tipos llegaron hasta donde estaba el herido, el herido me decía señor, ahí van, señalando el sitio donde se encontraban los tipos enfocados por el fusil, el herido me decía que lo levantara que no lo dejara morir, en virtud de que había mucha gente yo les manifesté a los presentes que yo era el Alcalde de Génova, y esto lo hice con el fin de que los presentes acertaran o atendieran cualquier orden de emergencia que diere en mi calidad de funcionario. Pregunté a los presentes si alguno sabía manejar carro y manifestó el señor X, cuyo nombre y filiación no recuerdo, dijo yo sé, le ordené que trajera el carro conducido por el herido, pues se trataba de un chofer, este vehículo se encontraba por ahí a unos cien metros de distancia de donde estaba el herido y en la margen derecha de la carretera que del sitio donde estaba el herido conduce a Barragán, luego solicité al señor Rafael Acevedo amigo personal mío que viajaba en el bus, que me facilitara el rejo de una zurriaga y con ella le solicité a varios tipos cuyos nombres y filiación no recuerdo, que amarraran a esos tipos, procedieron, los amarraron las manos hacia atrás, luego le ordené al agente que inmediatamente condujera el herido al Hospital de Caicedonia y los sindicados a órdenes del Inspector de Barragán, advirtiéndole que debían ser incomunicados, luego dí vía a los vehículos que por razón del incidente se detuvieron allí y permaneció allí un camión que viajaba de Génova a distintos lugares del país y es propiedad de un señor Páez, comerciante de Génova. Pregunté al conductor del camión y sus ayudantes, qué sabían en relación con el incidente y me dijeron, esos tipos se acabaron de bajar del automóvil conducido por el herido, vehículo que tenía la compuerta derecha trasera abierta, les notifiqué que se presentaran al despacho de la Alcaldía de Génova, previendo que si los llamaba otro funcionario a declarar, en este caso por jurisdicción, le correspondía avocar el conocimiento al Inspector de Barragán, desfiguraran las declaraciones o temieran declarar la realidad de los hechos. Es de advertir que los sujetos enfocados por el agente, con el fusil, son por ahí de unos diez y ocho a veinte años, uno más joven que otro, uno de ellos pálido, de pelo lacio, y recuerdo más de éste porque le pregunté que quienes eran los compañeros, que dónde estaban y me dijo: Señor Alcalde, allá tiraron una cosa, quizá el arma, y entonces yo le dije: vaya asómese allá y fueron y encontraron un cuchillo de una cuarta de largo, más bien ancho, puntudo, arma

que le fue entregada al agente. En estos menesteres nos demoramos aproxidamente diez minutos, en seguida me limité y seguí mi viaje, hasta aquí a Armenia...''

Por si lo anterior fuera poco, en orden a señalar las circunstancias en que se encontraron las huellas y rastros que dejó el delito y la manera como fueron capturados sus autores, prestan mérito indiscutible en este proceso las declaraciones del Agente de la Policía Nacional señor Alfonso Cepeda Vega y de la religiosa Sor Inés García de la Comunidad de Vicentinas, cuyos textos completos, en su orden, son los siguientes:

El Agente de la Policía hizo la siguiente relación de los hechos:

''El día treinta y uno de mayo del corriente año, como a eso de las dos de la tarde, poco más o menos, me monté en el sitio de Barragán, en el bus número 151 del Expreso Palmira, con el objeto de viajar hacia Barcelona. Cuando llegamos a un sitio que queda poco más o menos a unos dos kilómetros del puesto de Barragán, en donde hay una curva grande, y también la entrada a una hacienda cuyo nombre no recuerdo por el momento, al comenzar la recta, en ese sitio, vi yo y tal vez el chofer también lo vio, que había un tipo sobre la carretera estirado botando sangre, en el momento en que ese individuo vio el carro, se paró y puso la mano indicándole al chofer del bus que parara. El chofer paró el bus, yo inmediatamente me bajé porque todos reconocimos que era que habían atacado a ese señor, inmediatamente yo me bajé del bus, vi hacia la derecha, para el lado de un filito a dos tipos que iban por una manga, a toda carrera, luego yo al verlos, en que era necesario capturarlos, porque presumí que ellos fueran los autores del ataque, al chofer, yo me arrodillé y tome posesión con mi fusil que llevaba en esos momentos, y les grité a los dos tipos: 'alto' esto por varias veces. Cuando ellos me vieron que los tenía asegurados con el fusil para dispararles, se detuvieron, y uno de ellos levantó las manos, el otro sujeto siguió, el cual, tuve que gritarle nuevamente por varias veces que hiciera alto, y apuntarle con el fusil para que no siguiera corriendo. Al fin detúvose el tipo, y en ese momento, llegó un señor y me dijo: Bien pueda proceder, que yo lo respaldo, porque soy el Alcalde de Génova. Mientras tanto, les dije a los tipos que se acercaran para donde yo estaba, uno de esos tipos, el de camisa blanca en ese momento, se me acercó, el otro sujeto que tenía una camisa azul, mientras el de camisa blanca llegaba a donde yo estaba, el sujeto de camisa azul, lo vi cuando, y también lo vieron las otras personas que estaban ahí, entre ellas, el señor Alcalde de Génova, lo vimos todos, que botó un cuchillo, más o menos, como a unos diez metros de distancia, y este cuchillo, es el mismo que encontramos cuando fue el señor Juez Cincuenta y Cinco a hacer las averiguaciones del caso. Después de que ese sujeto que tenía la camisa azul botó el cuchillo, entonces sí me atendió y se vino para donde yo estaba. Entonces yo me puse a atender a los dos capturados que los tenía en la carretera, por lo cual tuve que decirle a un civil que fuera hasta el sitio en donde (estaba) el sujeto de camisa azul había botado el cuchillo y que lo recogiera, el civil, cuyo nombre no recuerdo, me hizo caso y fue y recogió el cuchillo y me lo trajo y me lo entregó a mí. Ese cuchillo, claro, que es el más chiquito, que yo entregué en la inspección de Policía, porque el cuchillo grande, se recogió cuando fue el señor Juez Cincuenta y Cinco. Luego de todo esto, el señor que estaba herido, lo recogimos y lo echamos al mismo carro en que iba conduciendo, y le solicitamos a un individuo que lo manejara para llevarlo al puesto de Barragán, junto con los dos detenidos. Mientras yo estaba atendiendo a los sujetos, el señor Alcalde de Génova llevó a donde estaba el herido al sujeto de camisa blanca, y el herido, le dijo al señor Alcalde de Génova, que ese sujeto de camisa blanca era uno de los que lo había herido, es decir, lo reconoció como el autor de las lesiones que le causaron la muerte. Cuando llevamos al otro sujeto, al de la camisa azul, a donde estaba el herido, éste ya no podía hablar, por lo cual ya no pudo decir nada más. Es cuanto me consta. Preguntado: ¿Quisiera usted decir, si en el preciso momento en que usted, el chofer y los pasajeros del bus, llegaron al sitio de la carretera, en donde encontraron al chofer herido, usted, alguno o algunos de los pasajeros del bus, vieron por algún otro lado, a más sujetos, distintos de los dos que usted personalmente capturó? Contestó: No señor. Yo no vi a nadie más sino a los dos sujetos que capturé. Preguntado: Diga usted si pudo darse cuenta que en esos momentos a que nos venimos refiriendo, usted pudo ver para el lado contrario a personas que le causaran alguna sospecha en caso afirmativo ¿cuántas personas vio en ese preciso momento? Contestó: Yo no vi en el momento a nadie más, de los dos sujetos capturados...'' (Fs. 16, 17 y 17 vto. del cuad. 1º).

Sor Inés García declara así:

''...Fui de Caicedonia a Armenia, cuando yo estaba parada en la oficina de la flota Ex-

preso Palmira, vi pasar a Benjamín Giraldo Toro, manejando el carro con dos pasajeros, como yo conocía a Benjamín y tenía urgencia de llegar a Armenia rápido, le dije a una de las niñas que me acompañaba, lástima no haber hecho parar a Benjamín y nos habíamos ido con él, pues no llevaba sino dos pasajeros y nosotras éramos tres. Momentos después tomé la flota Expreso Palmira y emprendimos el viaje hacia Armenia. Cuando llegamos a la vuelta, antecito de Ceylán vimos el carro de Benjamín parado y como a la media cuadra iba él Benjamín con dos piedras en la mano y bañado en sangre. En el momento en que el carro de la flota paró al pie de él, él volvió hacia la flota y lo único que dijo fue que cójanlos. En ese momento uno de los señores que viajaba en la flota gritó véanlos, señalando hacia el lado derecho de la carretera, yendo hacia Armenia, y el pasajero inmediatamente señaló para el potrero donde iban corriendo los dos tipos que capturó el policía. Apenas el pasajero dijo eso, de inmediato el policía se bajó y desde la carretera les gritó alto! A ese primer grito del agente, este muchacho López alzó los brazos y dijo: yo me rindo, me entrego, y con temor de que el policía le disparara dijo cuatro veces, me entrego. El otro avanzó como quien dice unos diez pasos y se metió entre una yerba alta, de tal manera que nosotros no le veíamos sino un pedazo de la cabeza. Entonces el policía le gritó que si no se paraba le disparaba y ahí sí se levantó y levantó los brazos y el policía les dio orden de que bajaran. De los asesinos me di cuenta hasta ahí, porque vi que Benjamín se estaba muriendo y le dije a una de las niñas, este muchacho va a morir sin quién le rece un padrenuestro, me acerqué a él y le pregunté si los traía en el carro y me contestó claramente que sí. Luego dijo agua, cójanme y no volvió a pronunciar ni una sola sílaba. Me di cuenta de este detalle: el Alcalde de Génova, cogió a uno de los asesinos y lo arrimó a donde el herido y le preguntó que si era ese quien lo había herido pero éste no hizo ningún movimiento ni alcanzó a decir nada, pues al momento después de esto expiró. Preguntada: Díganos su Reverencia si cuando usted esperaba la flota aquí en Caicedonia y que vio pasar a Benjamín con dos pasajeros, ¿pudo conocer quiénes eran? Contestó: No señor, los vi pasar pero no determiné quiénes eran. Preguntada: Díganos su Reverencia si usted vio en ese punto a otras personas fuera de los dos sujetos que capturó el policía? Contestó: Nadie más se vio, cuando el carro de la flota llegó donde el herido, la carretera estaba completamente sola, en el potrero solo se vio a esos dos hombres que cogió el policía. Preguntada: ¿Díganos su Reverencia si tiene algún otro dato que dar en esta declaración? Contestó: Vi que el muchacho más joven, el que iba de blanco tenía la camisa muy ensangrada y hecha pedazos y que Benjamín estaba sin zapatos y nos pareció muy extraño eso porque le buscamos los zapatos y no los encontramos..." (Fs. 57 y 57 vto. del informativo).

La transcripción de lo declarado por la señorita María Muñoz, también es pertinente:

"Salimos de aquí como a la una y media, cogimos un bus de Expreso Palmira, yo iba con la Reverenda Madre Sor Inés y una compañera de estudio, cuando llegamos a Barragán allí se subió un pasajero y un agente de la policía, seguimos en el sitio ese donde ocurrió el hecho, yo observé que había un carro, automóvil de color negro mal estacionado y con la puerta abierta, seguimos un poquito, un señor que parecía borracho, iba como corriendo por la carretera, iba ensangrentado y como desfallecido, el señor este le hacía señas al carro como para que parara, cuando el carro paró el herido se veía como si dijera que los cogieran y señalaba para donde iban corriendo los muchachos esos, que después capturó el policía. Se bajó el policía del bus y les gritó alto a los dos sujetos que huían, al instante se bajaron todos los pasajeros, cuando el policía les gritaba alto! el sujeto de camisa blanca decía duro, gritando, que él se rendía, yo me entrego como con miedo, el otro estaba como escondido entre un matojito y apenas se le veía la cabeza, el de camisa blanca se vino y allí lo cogieron y lo requisaron. El otro venía despacito como si no quisiera acercarse. El herido se sentó en el suelo y desfallecía, un señor le preguntó que si él era el chofer del carro y él dijo que sí, luego se dejó caer como desfalleciente y apenas decía que lo ayudaran a levantar. Fueron a traer la llave del carro del chofer herido para traerlo a Caicedonia y no la encontraban, allí el señor Alcalde de Génova estaba tomando datos, yo oía que la llave se la habían encontrado a uno de esos tipos, pero yo no vi eso. Cuando el herido estaba moribundo le acercaron a los dos sujetos que capturó el policía, pero el chofer ya no veía y no alcanzó a decir nada. Preguntada: ¿Díganos si usted vio en la carretera, en el punto donde hirieron al chofer, más personas fuera de los dos sujetos que iban por el potrero y a los cuales capturó el policía? Contestó: No vi a nadie más. El herido señaló así como para el potrero

donde corrían los tipos. Nos pareció muy raro ver al herido sin zapatos pero con medias...". (Fs. 58 y 58 vto. del informativo).

Corrobora también lo anterior la siguiente certificación solicitada en oficio número 43 por la Inspección Departamental de Policía de Barragán, que se copia textualmente y que obra a folios 91 vuelto:

"Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Criminal. Armenia. Caldas. Abril seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

"El suscrito Juez, bajo la gravedad del juramento CERTIFICA: Que en las horas de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, cuando cumplía una comisión impartida por la Jefatura Civil y Militar del Quindío, en la investigación de la muerte violenta del chofer Benjamín Giraldo Toro, encontró con varios agentes del SIC, un cuchillo, sobre el pasto del potrero en donde estaban los sindicados López y Morales, en el momento en que el agente de policía Cepeda los intimó (sic) captura. Tanto el primer cuchillo, recogido por un pasajero y entregado al agente Cepeda como el segundo, recogido por el suscrito Juez, fueron remitidos con el sumario, a la Auditoría de Guerra de la Jefatura Civil y Militar del Quindío. (Fdo.) Leonardo Góez Valderrama, Juez 55 de Instrucción Criminal". Hay un sello.

Pero para que todavía resulte más establecido el hallazgo de las huellas, rastros e instrumentos con que el delito se ejecutó, así como la captura de los autores, el documento que aparece a folios 59 del SIC, Subseccional de Armenia, en lo pertinente, es de este tenor:

"Nos trasladamos al lugar de los hechos donde se observó algunas cosas de interés para la investigación, como es, por donde escapaban los posibles criminales, inspeccionando encontramos en la cerca de alambre unos pedazos de tela, los cuales coincidieron a la camisa que vestía uno de éstos que dijo llamarse Carlos Emilio López Arbeláez; también más adelante por donde más o menos huían éstos cuando el Policía les gritó alto y procedió a darles captura según informaciones de éste, se encontró un cuchillo el cual puede ser una de las armas homicidas que portaban éstos...

"Adjuntamos la camisa con sus respectivos pedazos; asimismo el cuchillo, antes mencionados, para su conocimiento y fines correspondientes".

Este informe está suscrito por la huella digital del Agente número 1530 y el dactiloscopista señor Félix M. Rodríguez Ortiz.

Con razón sobre este aspecto de la demanda se pronuncia así el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Cabe destacarse así mismo que las fotografías que obran al expediente en número de dos incluídas al folio 25 no fueron captadas dentro de una diligencia de inspección ocular que hubiere sido decretada conforme a la ley procedimental, por el funcionario investigador. Ellas se agregaron a manera de ilustración objetiva de los hechos, que en sí mismos se presentaban lúcidos y claros para el funcionario, dadas las condiciones especiales en que les fueron entregados los dos presuntos autores del homicidio de Giraldo Toro, y la manera como se produjo la casi totalidad de la prueba testimonial que obra en autos, que se originó en los pasajeros que conducía el bus Expreso Palmira y que acudieron al llamamiento de Giraldo cuando éste se encontraba herido, al tiempo que sus presuntos agresores, López y Morales, huían hacia el lado derecho de la carretera.

"No puede hablarse, pues, de que en puridad legal exista una diligencia de inspección ocular tal como pretende mantenerlo el señor demandante. Pero tampoco puede desconocerse que esta declaración del agente, aunada al informe de los detectives que obra a folio 59, y a la certificación jurada del Juez de que atrás se hizo mención, no sea lo suficiente enfática y vehemente para afirmar, tal como lo hiciera el Tribunal, prohijando los asertos del fallador de primera instancia, de que está perfectamente demostrado en autos que en el lugar en que fueron aprehendidos López y Morales se encontraron fragmentos de la camisa del primero que era quien vestía de azul, además de los cuchillos cuyo hallazgo se hizo en la forma que lo explica este Despacho.

"El que estos hechos no fueran demostrados mediante una inspección ocular que estuviera ceñida a las normas específicas que para tal género de diligencias impone el Código de Procedimiento Penal, no implica, necesariamente, que hubiera que desdeñárseles, menospreciarlos, o no tenérseles en cuenta, ni que se les dejara de considerar como un indicio más entre los muchos que, como luego veremos, contribuyen a elaborar la responsabilidad de López y su compañero.

"Considera este Despacho que no ha habido violación de los artículos 212, 215 y 298 del Código de Procedimiento Penal, como tampoco del 209 de la misma obra, y que en consecuencia, este primer cargo no ha obtenido demostración".

Los siguientes argumentos de la demanda son variaciones sobre el mismo tema que como dice el señor Procurador resulta una posición hábilmente escogida por el demandante de separar los indicios para atacarlos aisladamente sin relacionar unos con otros, tal como lo hizo el Tribunal para llegar a la conclusión de si existe o no el hecho que se quiso averiguar y se dio por probado. A estos otros aspectos se referirá la Sala, de manera conjunta, porque en realidad de verdad sólo de esta suerte puede estimarse si el Tribunal apreció en forma indebida la prueba de cargos.

La demanda, con el muy justificable propósito de lograr el triunfo de sus pretensiones, ha recurrido al expediente de tomar cada uno de los indicios en que el Tribunal ha encontrado demostrada la responsabilidad del procesado López en forma aislada y solitaria, para de esta suerte someterlo a una discriminación crítica en la cual por fuerza del mismo procedimiento resulta inadecuado para lograr lo que la prueba individual colma precisamente como elemento de certeza legal-moral, esto es el valor de descubrir por la inducción del hecho conocido lo desconocido que se trata de establecer.

El análisis desvertebrado y unilateral del testimonio, puede ser útil para producir determinada solución de continuidad en la mente del Juez, para crearle una preocupación que lo obligue a escudriñar la fuerza del razonamiento. Esto no precisa controversia. Pero no sucede lo mismo cuando una serie de incidencias probatorias surgen en un determinado caso, todas las cuales necesitan aglutinarse de manera que conduzcan a la explicación y comprobación de un hecho.

Un solo hecho indicador nada resuelve ni sirve para comprobar una verdad. Pero varios hechos establecidos sí llegan a conformarla aun en grado de certeza judicial; que no es ni mucho menos la misma de la certeza metafísica, porque ésta escapa a la capacidad humana y el Juez por servirse de este criterio no puede aspirar a tanta plenitud.

Con estos presupuestos resulta necesario afirmar que el método de raciocinio determinado por el examen analítico de los indicios separados, no conduce a la verdad. Esta ha de ser la suma de las probabilidades, que cuando ellas llevan a asociar todas las incidencias de un hecho, de manera que expliquen una verdad procesal, no es posible desestimar sus consecuencias, solo porque sometidas a un proceso diferente sí presentan un margen de verdad que sirve para negar una evidencia penal.

Combinando en su orden lógico los testimonios de los que presenciaron la culminación de los sucesos en este proceso, se descubre que ellos suministran elementos de prueba adecuados a producir un resultado acorde con la realidad. Los incriminados no fueron ajenos a esos hechos, están íntimamente vinculados a su producción; figuraron desde el principio como autores del crimen; ninguna explicación aceptable dieron de su presencia en el lugar del delito; sus mismas contradicciones desenmascaran su afán de eludir la justicia y todo ello es bastante para que se les considere responsables.

Puede preguntarse acertadamente en este caso si faltando los testimonios de los declarantes que inmediatamente a los hechos llegaron al lugar donde éstos se realizaron, hubiera podido la justicia humana encontrar a sus responsables. Si hipotéticamente, como mera posibilidad, se prescinde de los que llegaron a ese lugar una vez cumplido el delito, ¿qué habría resultado? Nada, debe ser la respuesta. El delito habría permanecido en el misterio como tantos otros. Fue obra de una admirable casualidad el que cumplido el delito llegaron al lugar del mismo varios vehículos, en los que viajaban quienes podían suministrar a la justicia datos de importancia sobre los autores de su ejecución. Si los que lo realizaron confiaron en la imposibilidad de descubrirlos, vieron frustrados sus deseos por la presencia de los testigos que los detuvieron cuando huían, que presenciaron cuando botaron las armas empleadas, cuando los señalaba en los estertores de la agonía la víctima y cuando dejaron huellas de su paso por la alambrada que separa la carretera del potrero en donde fueron capturados. Todo esto tiene que valorarse judicialmente. Mientras no se demuestre la posibilidad de otras ocurrencias, y no son ciertamente las indagatorias de los incriminados ni sus careos las que sirven a estos propósitos, no puede afirmarse que el Tribunal de instancia haya incurrido en tan protuberante error como para que la Corte pueda modificar las conclusiones de la sentencia.

Precisamente fue la prueba testimonial la que sirvió de soporte a la circunstancia de que aquélla depende. Pretender desvincular una de otra, no es posible. Pero como aquélla no ha sido rebatida, tiene virtualidad bastante para sostener la determinación judicial del Tribunal de instancia.

Las discrepancias ocasionales de un testimonio, cuando no son sustanciales, a lo más implica la natural e incoercible deficiencia humana para retener todas las incidencias de un suceso. Por

ello mismo la declaración, en términos generales y según la naturaleza de las circunstancias, debe tomarse en su contenido global, sin recurrir al expediente de discriminar su partes, porque entonces no es aquella la que proporciona el modo de percibir el testigo, sino lo que el intérprete quiera ver en ella. Esto último la desvirtúa en su contenido y la primera la desintegra, porque no le hace decir lo que verdaderamente significa como criterio de certidumbre legal.

Una crítica auténtica al acervo probatorio de autos sería demostrar que los testigos no ofrecen serios motivos de credibilidad, dentro de los principios de la crítica científica del testimonio, porque en las circunstancias en que observaron los hechos no estaban en posibilidad de percibirlos de manera que sirviera de criterio de verdad, como elemento de juicio. Ello no se hizo, para en cambio someter a esos testigos de cargo a una discriminación minuciosa, de detalles subalternos que pueden ser útiles para lograr determinada pretensión, pero que no aportan nada para su rechazo total como lo pretende la demanda.

Es notorio que la discriminación del testimonio con tal método no permite una auténtica valoración del mismo. Cuando se trata de un proceso de prueba circunstancial el conjunto de hechos precisa valorarlos dentro de la ley de probabilidades que produzca una inferencia lógica en orden a demostrar una verdad legal-moral de consecuencias afirmativas sobre una determinada actividad criminosa. Si todos los hechos confluyen a establecer una consecuencia, como es que no existan contraindicios que demuestren los hechos positivos en que se fundan los indicios acusadores, la mente se encuentra en la posibilidad, dentro del cálculo de probabilidades, de llegar a una afirmación, cual es que el cúmulo de hechos indirectos, suministra base bastante para dar por establecida una responsabilidad por la suma de factores afirmativos —no destruídos por los negativos— que lo demuestran.

La prueba indirecta en este caso no surge sino de una circunstancia: de que los testigos no presenciaron directamente el ataque en que perdió la vida el occiso. Pero, en cambio, sí demuestran otros elementos de juicio suficientes para contrarrestar aquella ocurrencia que llegaron allí y vieron un hombre herido, que a los pocos momentos murió; que señaló a sus agresores, que éstos huían por un potrero con perfecta visibilidad para ser observados por los testigos; que fueron obligados a detener su huída ante la presencia de la autoridad que se dispuso a usar del arma que portaba para obligarlos a detenerse; que botaron al potrero por donde trataban de escapar las armas empleadas para el delito, una de las cuales fue recogida allí mismo por alguno de los declarantes y la otra más tarde por la autoridad; que dejaron huellas al huír en un alambrado en el cual, una parte de la tela de la camisa que usaba uno de los incriminados, el recurrente, se encontró adherida al alambrado por donde cruzaron los procesados con el ánimo de escapar una vez cumplido el delito, portando uno de ellos, López Arbeláez, lo que es muy significativo, la llave del motor del vehículo en que fue consumado aquél, el cual presumiblemente pensaban robar, siendo este el móvil del crimen, cosa que se frustró por la llegada casi simultánea del bus de línea y el automóvil particular en que viajaba el Alcalde de Génova al lugar de los hechos.

La demanda hace especial hincapié en que los declarantes que el Tribunal tuvo en cuenta como elemento de convicción, discrepan en algunos puntos, pues unos afirman que el herido señaló hacia el sitio por donde huían los homicidas, otros dicen que oyeron cuando dijo "cójanlos", cuando en realidad esta expresión fue dicha por los testigos. Pero estas discrepancias accidentales en nada modifican la esencia misma de sus testimonios porque lo fundamental en ellos no es que empleen expresiones que bien hubieran podido surgir de uno o de otro o del propio herido, sino la circunstancia, esta sí importante, de que los testigos percibieran por sus sentidos externos y así lo consignaran en las declaraciones rendidas en el proceso, que al apearse de los vehículos que llevaban direcciones contrarias, al encontrar un hombre herido en la carretera, con piedras en la mano como para defenderse de sus atacantes, vieron que en dirección a un potrero huían dos sujetos. Que éstos fueron obligados a detenerse por el agente de policía que viajaba en un bus del "Expreso Palmira", y que con su fusil los obligó a entregarse con las manos en alto en señal de rendición.

Las discrepancias en datos no esenciales no desvirtúan el testimonio humano. Es apenas natural que la memoria no retenga sucesos o palabras y que tampoco en momentos emocionales como los que siguen a un hecho trágico, claramente sea posible determinar a cuál de los circunstantes o de los espectadores pertenece una frase, una palabra o una expresión. Esto no es lo fundamental. Lo que sí lo es proviene de que los testigos no discrepen en un hecho esencial. El proceso establece que los testigos citados

en la sentencia presenciaron uno de tal categoría, consistente en que al encontrar a un hombre herido en plena carretera, por él supieron que sus atacantes huían y al comprobarlo así y obligarlos a detenerse en su fuga y ser capturados, se estableció que correspondían a los procesados López Arbeláez y Morales Saavedra, sin que en esos instantes ninguno de los declarantes viera en aquellos contornos abiertos a la plena visibilidad de los testigos personas distintas. Las fotografías del folio 25 del primer cuaderno, prestan admirable contribución a este aserto.

La demanda trata de sugerir que los verdaderos asesinos pudieron ocultarse en un guadual próximo al sitio donde ocurrieron los hechos. Basa esa afirmación en que en dicho lugar se encontraba un hombre cortando guadua, quien dio la noticia al hermano de la víctima señor José Renán Giraldo Toro. De allí deduce en la segunda sección del libelo, destinada a demostrar que el Tribunal no tuvo en cuenta ciertos hechos a pesar de estar demostrados en el proceso, que no es solo posibilidad, sino "realidad patente la existencia de otra u otras personas en el lugar del crimen, que no fueron vistas. Al dejar de apreciar este hecho —afirma— que se encontraba acreditado, no solamente se llegó a la falsa conclusión de que no había más personas que los incriminados López y Morales en el sitio de los hechos, sino que se violó así el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, asimismo el 204 de la misma obra".

Lo que afirma la demanda sobre la existencia del guadual que se observa en las fotografías del folio 25 del primer cuaderno, no ofrece mayor valor si se tiene en cuenta que los autores del homicidio en la persona del motorista Giraldo Toro no huyeron una vez consumado el delito en dirección a aquel guadual sino que tomaron el camino de uno de los potreros situados frente al lugar de los hechos, sitio de plena visibilidad. La precipitación al huír, sin duda por la misma excitación producida por el crimen, permitió que fueran fácilmente descubiertos por todos los que descendieron del bus del "Expreso Palmira" y de esta suerte resultaron aprehendidos sin dificultad alguna. Así surge de todos los testimonios que declaran sobre este hecho que el Tribunal apreció en su verdadero valor legal.

No es exacto, como lo afirma la demanda, que la mentada Corporación hubiera desconocido el "valor real de las fotografías" y deducido "una errónea interpretación de la prueba gráfica que implica violación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal". Esta afirmación la contradice la misma circunstancia de desconocer la diligencia del levantamiento del cadáver y la recolección de las huellas que hubiera dejado el delito, así como de las normas en él empleadas, según las distintas constancias dejadas por los funcionarios de que antes se hizo mérito en las transcripciones respectivas.

Por último, no es improcedente esta consideración final:

Según López en su indagatoria de folio 2 del cuaderno 1º, el bus en que viajaba el policía que detuvo a los procesados después de cumplido el delito en la persona de Benjamín Giraldo, se demoró para llegar al lugar de los hechos "por ahí un minuto más o menos". Este es un dato importante para contrarrestar las afirmaciones de los reos en sus indagatorias, cuando tratan de descargar su responsabilidad en la circunstancia de que otros dos sujetos hirieron al chofer del carro en que viajaba. Ninguno de los testigos que bajaron del bus "Expreso Palmira" los vio a pesar del insignificante tiempo transcurrido, como surge de la indagatoria de López. Ello mismo destruye la argumentación de la defensa consistente en que los asesinos bien pudieron ocultarse en el guadual cercano al lugar del delito, una vez cumplido éste porque tampoco los pasajeros del bus que llegó allí más o menos al minuto de haberse cumplido el hecho, vieron a persona alguna distinta de los incriminados que huían por aquellos contornos.

Con razón sobre este aspecto de la demanda el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se pronuncia así:

"La réplica a todos los cargos anteriores ha implicado, como consecuencia inexorable de la invocación de la causal segunda, el estudio completo de los elementos que obran en el proceso. Este estudio ha llevado a esta Procuraduría a la conclusión de que en el presente caso no existe el protuberante error a que en muchas oportunidades ha hecho mención la Corte respecto a la estimación de la prueba. Muy a la inversa, la ponderación con que obró el fallador de segunda instancia al relacionar entre sí, las diferentes probanzas que allegó la investigación, son buena demostración del esfuerzo loable que realizó para vincular los dispersos indicios incriminativos de la responsabilidad de López y que le permitieron sancionarle condignamente.

"No cabe duda, de que la parte recurrente ha obrado con extraordinaria habilidad al pretender pulverizar esos varios indicios colocándolos a cada uno de ellos en zona o circuito cerrado, que no permitiera tenerlo en consideración ni relación con respecto al que le antecediera o le siguiera.

"Este esfuerzo, ciertamente, es impresionante, mas jamás convincente, ya que, la honorable Corte al realizar el estudio que corresponde a esta causal 2ª se verá ante la obligación ineludible de integrar diligencia a diligencia el expediente y esta labor la llevará a exactas conclusiones a las que adoptara el Tribunal en su decisión, hoy atacada.

"...La petición que formula el impugnador de que sea invalidado el fallo proferido por el Tribunal y se dicte por esa alta Corporación el que le sustituya al tenor del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, no cabe ser admitida por no hallar demostración ninguna de los presuntos cargos que hicieran manifiesta la presencia de la causal 2ª del artículo 567 del mismo Estatuto".

Lo que a la Corte importa en casos como estos de avaluación probatoria, es examinar si la apreciación de ella hecha por el Tribunal no constituye un evidente error ni equivocación protuberante. Los Jueces *ad quem* tienen de conformidad con la ley algunas facultades arbitrales para señalar el contenido de la prueba de manera que ella conduzca a establecer la verdad legal-moral necesaria para deducir una responsabilidad penal.

Cuando el fallador de instancia no se ha excedido en la valoración de la prueba, ni aparece en ello un protuberante error, no es posible admitir, como ya lo ha dicho la Corte, un simple criterio de oposición al valor legal de esa misma prueba, fundado en tachas o conjeturas que fuera de no estar demostradas, conduciría a admitirse, en todos los casos, casar o invalidar todos los fallos y lo que es todavía más grave, desconocería la prudente autonomía de los Jueces de Derecho en la función de juzgar.

En lo que concierne a la causal primera de casación invocada subsidiariamente por el recurrente, la Corte acoge el criterio del señor Agente del Ministerio Público a este respecto. Dice así:

"En ningún momento se ha hablado en la sentencia de que en el caso que nos ocupa hubiera tenido su sanción poniendo en operancia el precepto contenido en el artículo 385 del Código Penal, disposición que contempla el caso de la complicidad correlativa. Muy al contrario, en el precepto hay demostración cabal de que Carlos Emilio López A. tuvo participación en el delito de homicidio perpetrado en la persona de Giraldo Toro en calidad de coautor, y de que, por la forma alevosa como actuaron los acusados, para cometer el homicidio éste fue agravado y tomó las características de asesinato previstas en el artículo 363 del Código Penal. La pretendida demostración de la violación por aplicación indebida del artículo 385 del Código Penal, es confusa e inoperante; ella debe entenderse como un recurso más esgrimido por la defensa en su celo muy loable de defender el presunto interés del procesado López Arbeláez.

"Las pruebas legalmente analizadas no permitían dar aplicación al artículo 385 del Código Penal, ya que los presupuestos esenciales de esta figura jurídica no se daban para el caso, sabiéndose, como se sabía, que tanto López como Morales fueron autores materiales de la muerte de Giraldo Toro".

Rebate también el señor Agente del Ministerio Público, al referirse al cargo marcado con la letra d) de la síntesis de los motivos de impugnación a la demanda, de la siguiente manera, que sirve además en forma adecuada para establecer que el delito tuvo las características de asesinato por la manera de su comisión:

"*Cuarto cargo.* Lo aprecia como tal el demandante en el sentido de que para él no aparece como prueba la existencia del ataque al conductor del vehículo, venido del interior mismo del carro y protagonizado por sus ocupantes López y Morales.

"Para demostrar este extremo afirma que en ningún momento cabe suponer como hecho indudable la no existencia de personas distintas a los protagonistas por cuanto era factible que algunas más se encontraran en el lugar mismo de los acontecimientos. Este aspecto ha sido suficientemente esclarecido en la respuesta dada a los cargos anteriores.

"Dice, además, el impugnador que un análisis detenido del acta de necropsia demostraría que por la localización de las heridas que sufriera, no era posible que el ataque se hubiera producido por parte de los ocupantes del vehículo que, por tanto, esta es una afirmación gratuita sin respaldo probatorio que hace el Tribunal.

"En concepto de este Despacho este cargo no merece ser considerado como tal pues no representa sino la oposición de un criterio a otro —el del impugnador frente al del Tribunal—, caprichosamente manifestado y sin verdadera relación con el contenido probatorio de los autos. Si fuera permisible que ese antagonismo se presentara, que de él se derivaran consecuencias suficientes para demostrar el error en que hubiere incurrido el sentenciador, la libertad de apreciación de la prueba, especialmente de la indiciaria, sufriría grave deterioro.

"Este cuarto cargo no ofrece demostración alguna".

Concluye su erudita exposición el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicitando a la Corte que no case la sentencia recurrida "por no encontrarse justificada ninguna de las causales aludidas".

Como no fueron invocadas otras causales que hubieran podido prosperar, la Corte con base en el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal, no podrá tomarlas en cuenta, por no haber sido expresamente alegadas.

De otra parte, el vínculo estrecho entre los sindicados, uno de los cuales, Carlos Emilio López Arbeláez, recurrió en casación, mientras que Miguel Angel Morales no lo hizo, ha hecho indispensable el examen conjunto de la prueba que los compromete, sin que precise discriminación del uno frente a la del otro porque tal procedimiento desvertebraría el análisis de los elementos de juicio que han sido impugnados y tachados por la demanda, también en su conjunto, ya que resulta imposible su separación ni siquiera idealmente.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO CASA la sentencia de 20 de junio de 1960, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a Carlos Emilio López Arbeláez a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Benjamín Giraldo Toro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Facultad del fallador para interpretar y amoldar el veredicto dentro de la ley. Las determinaciones del Tribunal Popular deben llevar el sello de la claridad y de la nitidez. Causal séptima de casación penal.

1. Los términos mismos del veredicto impugnado de contradictorio tienen indudablemente este carácter. En efecto, ellos envuelven dos proposiciones antagónicas, pues mientras de un lado aquella decisión afirma que la anomalía psíquica que el procesado sufría al tiempo de cometer el homicidio era grave, a renglón seguido le desconoce este carácter para considerarla como leve, o por lo menos, le otorga a la acción delictuosa modalidades que no se compaginan con los propios términos en que está concebido y redactado el veredicto.

2. En el propósito manifestado de manera implícita por el juri de decidir de conformidad con los pedimentos de la defensa, sin ceñirse literalmente a sus términos, los tergiversaron de tal modo que los hicieron inconciliables. No se puede interpretar un veredicto supliendo el pensamiento o el espíritu de sus mismos términos, con la opinión que ellos merezcan al Juez. Este debe someterse a la decisión del Jurado si la quiere tener en cuenta, porque no la considera notoriamente injusta. De otra suerte, con el pretexto de interpertación puede el fallador salirse de sus atribuciones, reconociéndole al veredicto una proyección penal que no le corresponde.

Interpretar el espíritu de un veredicto saliéndose de sus términos precisos, no puede autorizarse legalmente. So pretexto de interpretar la decisión del Jurado, se puede sacrificar el derecho y hasta allí no llega la facultad del Juez. Su misión es encuadrar o amoldar el veredicto dentro de la ley, pero sin forzar su interpretación de manera que lleve a conclusiones divergentes. Si éstas surgen, entonces la declaratoria de injusticia o contraevidencia, es la que corresponde, en las instancias, pues en casación opera la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

3. Una de las normas que deben regir la decisión popular es que sus determinaciones lleven el sello de la claridad y la nitidez, para que por no tener estos atributos se produzca el receso de la justicia que obliga a nueva intervención del tribunal de conciencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que condenó a Tomás Reyes Orozco a la pena principal de 8 años de presidio e incorporales anexas, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, interpuso el procesado recurso de casación, el que sustentó por medio de apoderado especial.

Cumplidos, como están, los trámites propios del recurso, procede la Corte a su estudio, sobre las bases sustentadas por las partes en sus correspondientes alegaciones.

HECHOS:

Relatan los autos que el día 29 de agosto de 1958 en Puerto Mosquito, corregimiento del Municipio de Gamarra, Departamento del Magdalena, se celebraba en la casa del señor Antonio Castro un baile para festejar el regreso de un

hermano de éste de prestar el servicio militar. Cuando la animación de los concurrentes era notoria, a eso de las once y media de la noche aproximadamente, se presentó una discusión entre Luis Fernández García y Humberto Reyes, hijo del procesado Reyes Orozco, originado por la venta de un novillo que Humberto había hecho a Fernández y que el padre de aquél consideró lesiva para sus intereses, por ser el precio estipulado inferior al verdadero valor de la res, la cual también estaba pignorada a la Caja Agraria, motivos ambos que le sirvieron de pretexto para desconocer la venta. Como consecuencia de este frustrado negocio, Fernández le exigía a Reyes que le pagara inmediatamente los veinte pesos que adeudaba. Intervino Tomás Reyes Orozco para decir a Fernández que a la mañana siguiente le sería cancelada la deuda; pero el último manifestó que exigía le fuera pagada en forma inmediata. Esto fue suficiente para que Reyes Orozco, que se encontraba embriagado, con arma corto-punzante, según el dictamen de folios 14 del cuaderno principal, causara una herida mortal a Luis Felipe Fernández, de la cual murió a pesar de haber sido intervenido quirúrgicamente de urgencia en el Hospital de Gamarra, a las cuatro de la mañana del día 30 de agosto, fallecimiento que se produjo a las doce m. del mismo día.

El Juzgado Primero Superior de Santa Marta dictó auto de proceder contra el homicida, de acuerdo con el parecer de su colaborador fiscal, providencia que no fue apelada, continuando el proceso con los trámites de rigor, hasta la audiencia pública en la cual fue propuesto al Jurado el cuestionario correspondiente, de este tenor:

"Cuestión única: ¿El acusado Tomás Reyes Orozco es responsable, SI o NO, de haber dado muerte con el propósito de matar, a Luis Felipe Fernández, por medio de las lesiones causadas con arma punzante y cortante (cuchillo), las cuales se describen en el dictamen médico pericial rendido por el Director del Hospital 'Olaya Herrera' de Gamarra, visible a folio 14 del expediente, según hechos acaecidos como a las once y media de la noche del día veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho, en el Corregimiento de Puerto Mosquitos, Municipio de Gamarra, de la comprensión de este Distrito Judicial?".

El Tribunal popular, por unanimidad, contestó:

"Sí es responsable en estado de anomalía psíquica aguda normal transitoria".

Según consta en el acta de la audiencia (f. 97), en vista de los términos del veredicto, una vez reanudada la audiencia, después de la deliberación secreta en que se produjo, y durante la lectura del acta, el señor defensor del procesado pidió al señor Juez que le concediera el Jurado una explicación del veredicto, y aceptada la petición volvió el Jurado a deliberar, regresando con el veredicto aclarado, así:

"Explicamos: Anomalía psíquica normal transitoria es un estado de perturbación de la mente de carácter leve y momentáneo, que no se repite habitualmente y es producido en forma ocasional por un tóxico como el alcohol".

El señor Juez de instancia analizó este veredicto a la luz de las constancias de autos y estimó que de conformidad con ellas, aunque el procesado había obrado en estado de embriaguez aguda, y la defensa fundamentó todas sus alegaciones, orales y escritas, en que Reyes Orozco había cometido el delito bajo el influjo de intoxicación alcohólica de tipo agudo que le engendró en aquel instante una grave anomalía psíquica, la verdad es que esa afirmación carece de realidad procesal y "está desierta en el proceso".

Partiendo de tal criterio consideró que el homicidio era simplemente voluntario, fisonomía que no modificaba en nada el veredicto, por lo cual impuso al reo la pena de ocho años de presidio, junto con las accesorias que tal sanción determina.

Conocida esta decisión por el Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto y la consulta de rigor legal, dicha Corporación la confirmó sin modificación alguna, (fs. 128 a 142 del cuaderno principal).

Contra la sentencia así proferida versa el recurso extraordinario que ahora se decide con fundamento en la demanda que lo sustenta ante la Corte.

DEMANDA:

Esta invoca la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal "por haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Razona así el distinguido patrono judicial del incriminado:

"Pues bien, este veredicto es contradictorio, porque una *'anomalía* psíquica aguda' no es lo mismo que una anomalía normal, sino todo lo contrario: lo *anómalo* es lo irregular, lo extraño, lo anormal, de suerte que la anomalía psíquica equivale a la anormalidad psíquica; y

cuando a este término se une el de 'agudo', que significa lo vivo, lo penetrante y, en sentido figurado *'se dice de la enfermedad grave* y no de larga duración', según el diccionario del idioma, de manera que la *'anomalía psíquica* aguda' es una anomalía psíquica grave. Así las cosas, el veredicto, por sí solo, sin la explicación que lo complica, resulta contradictorio, porque en seguida se añade que esa anomalía psíquica aguda es 'normal', vale decir, que no es anomalía ni mucho menos, que es aguda. El jurado, pues, declaró que el procesado padecía de anormalidad psíquica grave y, al mismo tiempo, de perfecta normalidad psíquica.

"Lo cual resulta más patente con la explicación de los miembros del jurado, de que *'anomalía psíquica aguda normal transitoria es un estado de perturbación de la mente de carácter leve y momentáneo'*. Con lo cual acentuaron la contradicción: porque una anomalía psíquica aguda no puede predicarse sino de una anormalidad psicológica grave ('se dice de la enfermedad grave') y no de una 'perturbación de la mente de carácter leve', como explicó el Jurado contradiciéndose".

Luego explica la demanda que el veredicto concuerda en lo principal con lo pedido por la defensa como respuesta al cuestionario, que el procesado no era responsable por *"haber obrado en estado de grave anomalía psíquica transitoria en el momento de ejecutar el hecho"*, lo cual en sentir del recurrente, al contestar haber obrado en *"estado de anomalía psíquica aguda"*, aceptó la "anomalía psíquica grave".

Después de otras consideraciones más, concernientes a que el veredicto no está contradicho por el dictamen pericial que obra en autos, ni tampoco por el examen psíquico a que fue sometido Reyes Orozco, y explicar esta afirmación, concluye la demanda este punto así:

"Ahora, si el Jurado quiso decir que el acusado había actuado estando borracho, ¿para qué añadió toda esa jerigonza de términos seudocientíficos, para qué se puso a predicar anomalías psíquicas, cuando hubiera podido y debido decir simplemente que había obrado en estado de embriaguez?".

Cita en su apoyo varias decisiones de la Corte en las que define lo que es un veredicto contradictorio, para terminar que debe invalidarse la sentencia recurrida y ordenar la devolución del proceso de conformidad con el ordinal c) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado del negocio, hizo con su acostumbrada capacidad, un detallado examen del caso, cuyas conclusiones tendrá muy en cuenta la Sala, en atención a que sus planteamientos revisten especial importancia para la decisión que se adopte.

Después de hacer un detenido resumen de todas las incidencias del proceso y de las tesis sustentadas por los funcionarios que en él intervinieron como por la defensa, al referirse concretamente a la causal invocada, la analiza en los siguientes términos:

"La honorable Corte ha sostenido que la contradicción en el veredicto resulta de afirmar y negar al mismo tiempo, y que, lo contradictorio en él no consiste en la discrepancia de sus términos con las pruebas del proceso o con opiniones sobre puntos de derecho, sino, en la pugna con el principio de contradicción que hace palmario que sus términos impliquen la afirmación y la negación de la misma cosa, por el mismo aspecto y el mismo tiempo. Esta jurisprudencia ha sido mantenida desde mil novecientos cuarenta y uno y reafirmada en numerosas oportunidades.

"Al afirmar el jurado que Reyes Orozco era responsable de la muerte de Luis Felipe Hernández, en estado de anomalía psíquica aguda normal transitoria, y al hacer luego la aclaración o explicación de su veredicto en los términos de considerar esta anomalía psíquica normal transitoria como un estado de perturbación de la mente de carácter leve y momentáneo, incurrió en grave contradicción porque de ser la anomalía psíquica grave, a quien infringe la ley debe entrar a aplicársele el artículo 29 del Código Penal, entre tanto que si esta anomalía psíquica es leve, debe sancionarse al infractor con las penas señaladas para los delincuentes comunes. Sobre este punto está absolutamente de acuerdo el Despacho con el criterio del impugnador.

"Aceptando el ad quem que el veredicto que emitió el juri, dictó sentencia sobre opinión de los jueces de conciencia que afirmaba, por un lado la anomalía psíquica grave, y por el otro, la anomalía psíquica leve, términos que entran en abierta contradicción y que mutuamente se destruyen y anulan.

"No puede el fallador, so pretexto de interpretar el querer del jurado modificarlo a su acomodo, hasta el extremo de hacer de él un algo perfectamente ajeno a la intención que ani-

mó al Tribunal de conciencia. Para el caso, la contradicción se afinca en que el veredicto consta de dos proposiciones, una afirmativa y otra negativa, que no pueden conciliarse entre sí.

"PETICION:

Opina este Ministerio Público, que la causal 7ª que se ha invocado como cargo contra la sentencia ha sido alegada con suficiente mérito y justificada convenientemente, y que, por lo tanto, debe proceder esa honorable Corte a ordenar la devolución del proceso por conducto del Tribunal, al Juzgado Superior de origen, para que se convoque a nuevo Jurado.

"Así lo determina el ordinal c) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, y así atentamente lo solicita a esa Corporación esta Procuraduría".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Los términos mismos del veredicto impugnado de contradictorio tienen indudablemente este carácter. En efecto, ellos envuelven dos proposiciones antagónicas, pues mientras de un lado aquella decisión afirma que la anomalía psíquica que el procesado sufría al tiempo de cometer el homicidio era grave, a renglón seguido le desconoce este carácter para considerarla como leve, o por lo menos, le otorga a la acción delictuosa modalidades que no se compaginan con los propios términos en que está concebido y redactado el veredicto.

En el propósito manifestado de manera implícita por el *juri de decidir* de conformidad con los pedimentos de la defensa, sin ceñirse literalmente a sus términos, los tergiversaron de tal modo que los hicieron inconciliables. No se puede interpretar un veredicto supliendo el pensamiento o el espíritu de sus mismos términos, con la opinión que ellos merezcan al Juez. Este debe someterse a la decisión del Jurado si la quiere tener en cuenta, porque no la considera notoriamente injusta. De otra suerte, con el pretexto de interpretación puede el fallador salirse de sus atribuciones, reconociéndole al veredicto una proyección penal que no le corresponde.

Es esto lo que ocurre en el presente caso. Tanto el veredicto como su aclaración, demuestran un desconcierto notorio en la determinación del Tribunal Popular, porque sin acoger la petición de la defensa, sin atender al concepto de los peritos médicos, se internó en sus propias expresiones, pero desdeñando sin ningún fundamento, las que hubieran sido técnicas y precisas para resolver el caso. Tal circunstancia dio origen a las proposiciones antagónicas que sus términos acusan y que demuestran lo contradictorio del mismo, pues no es posible conciliarlas para encontrar una dirección legal que conduzca al Juez a imponer sanciones de distinta naturaleza, según se atenga a una u otra interpretación.

No se puede alegar en contra de esta situación, sosteniendo que la decisión popular pudo ser diferente si se acoge la tesis de la defensa, o por el contrario acepta la del Ministerio Público y que el veredicto por no adoptarlas como le fueron propuestas, demostró su ánimo de dar solución diferente al problema.

Interpretar el espíritu de un veredicto saliéndose de sus términos precisos, no puede autorizarse legalmente. So pretexto de interpretar la decisión del Jurado, se puede sacrificar el derecho y hasta allí no llega la facultad del Juez. Su misión es encuadrar o amoldar el veredicto dentro de la ley, pero sin forzar su interpretación de manera que lleve a conclusiones divergentes. Si éstas surgen, entonces la declaratoria de injusticia o contraevidencia, es la que corresponde, en las instancias, pues en casación opera la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Si se analizan con cuidado los términos del veredicto en este proceso, se comprende perfectamente que no fueron explícitos los miembros del Jurado al formularlo y que de su forma ambigua y confusa surge la incongruencia e incompatibilidad notoria de las proposiciones en que está redactado. Porque una de las normas que deben regir la decisión popular es que sus determinaciones lleven el sello de la claridad y la nitidez, para que por no tener estos atributos se produzca el receso de la justicia que obliga a nueva intervención del tribunal de conciencia. Ello es que éste cuando tuvo la oportunidad de decidir, no lo hizo con la claridad necesaria y requerida para tan importante menester.

Las observaciones de la demanda, en el sentido de que el veredicto y su explicación al referirse a anomalía psíquica aguda, puede entenderse que quiso aceptar su misma gravedad y hasta acentuarla al motivarla explicándolo, está indicando que la ambigüedad y confusión misma de los términos empleados —que apenas alcanzan a ser seudo-científicos— y la ninguna luz que ofrecen para su entendimiento, ni después de la aclaración, que lo hizo todavía más oscuro y nebuloso, implica la necesidad de que se convoque un nuevo Jurado que clarifique la

ambigüedad en que el primer Tribunal Popular dejó envuelta la responsabilidad penal de Reyes Orozco, a quien a las claras no sabe el fallador de derecho qué sanciones aplicarle, ya que cualquier conducta que escoja, entre penas y medidas de seguridad, encontraría el escollo del veredicto contradictorio e irreconciliable en sus propios términos y aún en sus consecuencias penales.

Nada tiene que ver en este caso el artículo 6º del Decreto 3347 de 1950, porque dentro del procedimiento seguido no podía menos de intervenir el Jurado. Si lo hizo, ello ocurrió debido a que no se tuvo en cuenta anomalía psíquica alguna. No sobra advertirlo para evitar interpretaciones inconducentes de la decisión de la Corte. Este proceso es buena prueba de la razón que asiste al decreto aludido para suprimir la intervención del Jurado en negocios penales en donde aparezca alguna o algunas de las contingencias que contempla el artículo 29 del Código Penal.

Lo dicho es bastante para declarar que prospera la causal 7ª únicamente alegada.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en un todo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA el fallo recurrido y en su lugar ORDENA la devolución de este proceso al Juzgado de origen, por intermedio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, para que se convoque a un nuevo Jurado, de conformidad con el ordinal c) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal y la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ABUSO DE AUTORIDAD

Facultades del fallador de segunda instancia al revisar una sentencia absolutoria. Embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado para asegurar el efectivo resarcimiento del daño causado con el delito. Condiciones del delito de abuso de autoridad. El error por sí solo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Otras circunstancias que acreditan la intención criminosa en las actuaciones judiciales. No es justo que cuando la equivocación del funcionario público no va acompañada de mala fe, se le pueda reprimir penalmente por abuso de autoridad. Todo delito requiere un comportamiento típicamente antijurídico y culpable.

1. ¿Puede el fallador de segunda instancia, al revisar una sentencia absolutoria, declarar la nulidad del proceso? Es lógico que sí. Pero: ¿Puede también asumir de inmediato la competencia para ordenar —en el mismo proveído— y ejecutar medidas preventivas, como las del embargo y secuestro de bienes del procesado, —y aun su misma encarcelación preventiva— sin que esté ejecutoriada la providencia que dispone esa nulidad del proceso? Debe responderse que no, por cuanto sin estar en firme el auto que declara una nulidad, lo actuado que se estima como nulo mantiene su validez, aun la misma sentencia absolutoria que revise el ad quem, como revisaba en este caso el Tribunal Superior de Bogotá.

2. Bien sabido es que ese embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado, cuando a éste se le imputa un delito reprimido con pena privativa de la libertad, sólo puede disponerse en el auto que ordene su detención preventiva o después de proferido ese auto de encarcelación.

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, al ordenar el embargo y secuestro preventivo de bienes de los señores Lacorazza Stella en el auto de 4 de agosto de 1959, incurrió en error, pues, de una parte, si entendía que el auto de detención preventiva, dentro del procedimiento del Decreto 014 de 1955, equivale al "auto de proceder" regulado en los artículos 429 a 434 del Código de Procedimiento Penal, ese auto no podía dictarlo (y efectivamente no lo profirió), pues pretermitía una instancia; mas como tales embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado sólo es pertinente dentro de la providencia que dispone la encarcelación preventiva o después de ordenada ésta (por tratarse de delito reprimido con pena privativa de la libertad), es lógico, entonces, que esa medida sobre los bienes de los sindicados no era viable ante el ad quem. Y, por otra parte, si apartándose de la jurisprudencia de esa Entidad, de 4 de abril de 1956, consideró que el auto de detención preventiva no equivale, dentro de los trámites indicados en ese Decreto 014 de 1955 al "auto de proceder", entonces ha debido proferir, junto con el embargo y secuestro preventivos de bienes de los sindicados, la orden de detención precautelativa, pero una vez ejecutoriada la providencia en que declaró la nulidad del proceso, como ya se dejó examinado.

El artículo 316 del Código de Procedimiento Penal dispone que "las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación".

Como "efectos..." provenientes de la ejecución de un delito cabe entender las cosas sobre que recae la acción del delincuente, esto es, el objeto material de la infracción punible (cuando precisamente es este una cosa), como, por

ejemplo, el bien mueble hurtado o el documento falsificado.

El artículo 702 del mismo Código señala que "las cosas secuestradas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 316, se mantendrán depositadas en cuanto sea necesario para los fines del proceso. Terminado el proceso, se entregarán a las autoridades correspondientes si se hubiere ordenado su confiscación; en caso contrario, se destinarán para el pago de las sumas que deba cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc.".

Es, entonces, lógico que estas disposiciones no se refieren a los bienes muebles e inmuebles de propiedad del sindicado, cuyo embargo y secuestro preventivos cabe disponer, de acuerdo con lo que indican los artículos 128 y 129 del Código de Procedimiento Penal, para asegurar el efectivo resarcimiento del daño privado causado por el delito.

3. En el caso previsto en el artículo 171 del Código Penal, el delito de abuso de autoridad requiere:

a) Que el agente sea un funcionario público.

b) Que el acto no constituya un delito distinto.

c) Que se realice por causa de las funciones o excediéndose en el ejercicio de las mismas.

d) Que el hecho se cumpla en perjuicio de una persona o de una propiedad.

e) Que el acto sea arbitrario o injusto.

4. El error por sí solo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable, como en las providencias aludidas se ha dicho, que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

No debe perderse de vista, igualmente, que la equivocación en el procedimiento o en la forma de apreciar las normas que lo señalan para resolver un caso dado, no permite, por sí sola, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esta buena fe. Esa condición síquica de esta infracción penal (aun cuando no hace parte del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo—) obliga, cuando no resulta demostrada, no a cohonestar el proceder errado, sino a considerar que no es justo que cuando la equivocación del funcionario público no va acompañada de mala fe, se le pueda reprimir penalmente por abuso de autoridad. Es necesario que a más de las condiciones típicas de esta violación punible (cuerpo del delito), exista el elemento subjetivo, en este caso el dolo o propósito manifiesto de violar la ley.

5. Todo delito requiere un comportamiento típicamente antijurídico y culpable.

Sólo la conducta humana, de acción u omisión, que se acomode exactamente a una definición de la ley penal, es típica y consiguientemente antijurídica (salvo los casos de justificación del hecho). Mas, para que sea delictuosa, requiere, además, que el actor obre culpablemente, esto es, que su conducta sea cumplida con intención —dolo—, o con negligencia o imprudencia, sin querer el resultado dañoso —culpa—.

El Código Penal colombiano desarrolla este criterio en sus artículos 11 y 12. Por tanto, es necesario para deducir responsabilidad penal contra alguien, lo siguiente:

a) Que su comportamiento encuadre en una definición del Código Penal, esto es, que reúna las condiciones que tipifican un delito.

b) Que el hecho sea antijurídico. Por tanto, que no aparezca justificada la conducta, en razón de alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad o que permiten estimar el comportamiento como jurídico.

c) Que exista "una acción psíquica que oriente y guíe la acción física" (Ferri), —salvo lo previsto en el artículo 29 del Código Penal colombiano—, es decir, que se dé la culpabilidad: dolo o culpa.

El dolo es la orientación de la voluntad a un fin ilícito. Y en el caso de abuso de autoridad, se repite, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto, que perjudique a una persona o a una propiedad.

El tratadista Luis Carlos Pérez dice que "no radica solamente en la arbitrariedad o en la injusticia, sino en que, por uno u otro medio, se atente contra las personas o las propiedades", ("Derecho Penal colombiano", Edit. "Temis", Bogotá, 1956, T. I, —parte especial— p. 221).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Mediante providencia de 28 de septiembre de 1960 se declaró cerrada la presente investiga-

ción y se dispuso correr traslado al Ministerio Público para el concepto sobre el mérito de la misma, el que emitió el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal el día 29 de noviembre último.

Compulsadas diferentes copias del proceso, que solicitaron las partes y el Juzgado 5º de Instrucción Criminal, y tramitado el impedimento presentado por el honorable Magistrado, doctor Primitivo Vergara Crespo, para conocer de este negocio, entró al despacho este asunto el 19 de julio de 1961.

Se trata del proceso adelantado en virtud de la denuncia que formuló el señor Vicente Lacorazza Stella contra los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado, por ABUSO DE AUTORIDAD (art. 171 del Código Penal), apoyada en los siguientes hechos:

1º "A virtud de denuncia presentada el trece de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, por Teófilo Giunzioni, quien decía obrar con poder general de Zenaide Mareggini de Giunzioni, se inició un proceso penal contra el señor Hugo Lacorazza Stella, por el supuesto delito de abuso de confianza.

2º "En el Juzgado 5º de Instrucción Criminal se prosiguió la investigación respectiva por los trámites del Decreto número 014 de 1955 y en auto de nueve de enero próximo pasado..." (año de 1960)... "se resolvió que no había lugar a decretar detención alguna y, al mismo tiempo, se abrió el negocio a pruebas por el término improrrogable de quince días hábiles.

3º "Correspondió al Juzgado 8º Superior de este Distrito el conocimiento del mencionado negocio, y en sentencia de 18 de marzo último, después de un análisis exhaustivo de las pruebas recogidas a lo largo de ese procedimiento especial, profirió sentencia por la cual absolvió al señor Hugo Lacorazza Stella, de los cargos que dieron lugar a la denuncia y los que se formularon en la demanda de parte civil.

4º "El fallo así dictado llegó al Tribunal Superior de Bogotá por apelación, y en el reparto general, le fue asignado al doctor Guillermo Moncayo.

5º "Corrido el traslado de ley al señor Agente del Ministerio Público, éste consideró que no era el caso de intervenir por muy simples razones que expone por escrito.

6º "Con posterioridad y cuando ya el negocio se encontraba en el Despacho del Magistrado Moncayo para fallo de fondo, se solicitó la mediación de la Procuraduría General, que sugirió al Fiscal colaborador que interviniera, activamente, para los fines indicados en la nota respectiva.

7º "En providencia del cuatro de los corrientes, la Sala compuesta por los Magistrados Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado, de acuerdo, en parte, con el Fiscal, decidió DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado desde el auto del dos de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, exclusivo, en adelante; revocar el auto de nueve de enero del mismo año, con el fin de que pueda efectuarse una investigación total de los hechos, y 'oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que se abstenga de registrar cualquier venta de acciones que hagan los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza, en las sociedades 'Stella Limitada', 'Stella & Stella Limitada', 'Almacén Stella' y 'Stella Hermanos & Cía. Ltda.', lo mismo que la venta de cualesquiera otras acciones de los expresados señores en otras sociedades o empresas; OFICIAR igualmente al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados para que se abstenga de registrar cualquiera escritura o documento de enajenación de bienes muebles o inmuebles, acciones, etc., que hagan los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella; y SOLICITAR al Ministerio de Relaciones Exteriores que se abstenga de conceder permisos o pasaportes a los mencionados señores Lacorazza Stella. 'La CONGELACION debe comunicarse también a todas las entidades respectivas'.

8º "Con base en esta orden que...", dice el denunciante..., "considero arbitraria por cuanto Guido Lacorazza y yo somos personas extrañas al proceso antes referido, se libraron oficios a todos los Bancos, a los Clubes Sociales, al Centro Colombo-Italiano, al Hipódromo de Techo, a la Asociación Colombiana de Criadores de Caballos de P.S.I., a las sociedades y empresas con las cuales tenemos relaciones comerciales desde hace tiempo y en condiciones de mutua y amplísima confianza.

9º "Pero no contentos los señores Magistrados con causarnos tan grandes perjuicios...", prosigue el denunciante..., "y dar con su medida la sensación de que somos reos de graves delitos contra la propiedad, el ponente, en los oficios respectivos, dijo que la congelación de bienes comprendía a las sociedades 'Stella Limitada', 'Stella & Stella Limitada', 'Almacén Stella', 'Stella Hermanos & Compañía', 'Peletería Alberto', 'Peletería Dagmar', 'Sombrerería Stella Limitada', 'Sombrerería Roxi' y

'Sombrerería Bogotá', firmas estas últimas que ni siquiera se han mencionado en el curso de aquel negocio penal.

10º "Además de todos los oficios librados a los Bancos, se manifestó textualmente: 'En consecuencia usted se servirá ordenar la inmediata retención de todos los saldos de cuentas corrientes, de las consignaciones que se hagan, de los depósitos a la orden o a término, y de los valores que existan en ese Banco a favor de las personas naturales y de las sociedades citadas, por cualquier concepto'.

11º "El apoderado especial del señor Hugo Lacorazza, en presencia de tan ostensible arbitrariedad...", prosigue el denunciante..., "reclamó personalmente al Magistrado Moncayo y éste libró nuevos oficios en los cuales trata de explicar los anteriores en la forma que los señores Magistrados podrán apreciar cuando examinen las copias respectivas, pero que de ninguna manera fueron suficientes para neutralizar el grave perjuicio irrogado inclusive a firmas y personas naturales cuya vinculación con el aludido negocio no se advierte en parte alguna.

12º "Que a una solicitud de aclaración hecha por el doctor Alvaro Leuro, apoderado del señor Hugo Lacorazza, la Sala aludida profirió la siguiente providencia:

"El doctor Alvaro Leuro, en su carácter de apoderado del señor Hugo Lacorazza Stella, solicita se aclare el auto de cuatro de agosto del presente año, en cuanto a la orden de CONGELACION de las acciones y bienes de los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, pues al comunicarla se ha hecho extensiva a las cuentas corrientes o depósitos que tales señores pueden tener en los Bancos, a sus acciones en otras sociedades, etc. etc. Se considera: en primer lugar, en la parte motiva del mencionado auto se dijo que deben congelarse no solo las acciones y derechos de los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, en las sociedades 'Stella Limitada', 'Stella & Stella Limitada', 'Almacén Stella' y 'Stella Hermanos & Cía. Litda', sino 'todos los haberes y bienes muebles e inmuebles de los mismos, por distintos conceptos'; de modo que la congelación decretada debía comunicarse a las entidades respectivas; bancos, sociedades, etc. En segundo lugar, por virtud del auto citado, este proceso regresó a la etapa sumaria, por cuyo motivo pueden y deben tomarse todas las medidas precautelativas del caso, inclusive sólo por el ponente, para asegurar la acción de la justicia, mientras el negocio se encuentre en el Tribunal. Notifíquese. (fdos) Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez, Alberto Quintero Delgado, Luis M. Fernández C., Secretario".

14º "En tales circunstancias, los Magistrados integrantes de la Sala no hicieron alusión a las sociedades 'Peletería Alberto', 'Peletería Dagmar', 'Sombrerería Stella Ltda.', 'Sombrerería Roxi' y 'Sombrerería Bogotá', cuyos bienes y cuentas bancarias fueron también congelados, no obstante habérseles indicado tan protuberante arbitrariedad...", dice y lo estima así el denunciante.

Agrega el señor Vicente Lacorazza Stella lo siguiente, en su denuncia:

15º "Por otro aspecto, el auto transcrito, antes de acceder a la muy justa solicitud del representante judicial del señor Hugo Lacorazza Stella, ratifica la orden impartida el 4 de los corrientes, con grave perjuicio del patrimonio de los hermanos Lacorazza Stella, de sus honras y de sus relaciones comerciales.

16º "Como el proceso a que vengo refiriéndome subió al Tribunal Superior de Bogotá, única y exclusivamente para revisar, por apelación, la sentencia definitiva dictada por el Juez 8º Superior, según la cual fue absuelto don Hugo Lacorazza Stella del delito de abuso de confianza que se le imputó, dicho Tribunal, como Juez *ad quem*, sólo tenía competencia para confirmar, modificar, revocar o anular el fallo sometido a su consideración. Esto, al tenor de los artículos 7º, 33, 41, 44 —ordinal 3º—, 188, 191, 457 y 533 del Código de Procedimiento Penal; 148 y 471 —parte final— del Código Judicial, y 26 de la Constitución.

"Los procesalistas están de acuerdo en afirmar —siguiendo al gran maestro Chiovenda— que la sentencia de segunda instancia examina todos los aspectos del negocio que podían ser objeto de análisis por parte del inferior y que 'la nueva declaración debe tener en cuenta el momento en que se dicta, como si se dictase en instancia única'. Vale decir, que el Juez *ad quem* tiene los mismos poderes jurisdiccionales que tuvo el Juez *a quo* al proferir su fallo.

"Entonces se pregunta: ¿cuáles eran las facultades del Juez del conocimiento al dictar la sentencia definitiva en el proceso por abuso de confianza contra don Hugo Lacorazza Stella? Dos y sólo dos, a saber: primera, decretar la nulidad de lo actuado, en caso de hallar causales que así lo determinaran (art. 457 del C. de P. P.), y, segunda, pronunciar la sentencia que definiese la relación jurídico-penal, objeto del proceso (art. 479 ib.).

"Adoptada la primera vía —nulidad—, la misión del juzgador quedaba reducida a declarar el vicio procedimental y a ordenar que la actuación fuera rehecha. No más. Así lo mandan con diamantina claridad los artículos 200 y 457 del estatuto antes citado".

Y luego de transcribir el contenido de estas dos disposiciones, expresa el denunciante que "igual mandato se consagró para la nulidad alegada en el recurso extraordinario de casación (art. 570)"...

17º "El Tribunal optó por declarar la nulidad de lo actuado desde el auto del dos de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en que se requería a don Hugo Lacorazza Stella para que presentara algunos comprobantes, y que no fue notificado, según aquellos Magistrados, legalmente.

18º "Circunscrita la decisión del superior a este punto, o sea el relativo a la nulidad, no podía en ninguna forma penetrar en el análisis de las cuestiones de fondo que son materia de la sentencia definitiva, porque la nulidad es asunto de previo pronunciamiento que apenas atañe a vicios formales, y no al contenido y alcance de la acción penal, razón ésta que informa el mandato del artículo 457 del Código de Procedimiento Penal.

"Realmente, antes de dictar la sentencia definitiva, el Juez sólo puede anticiparse a examinar el cuerpo del delito y la responsabilidad en estas cuatro oportunidades previstas por la ley:

1ª "Cuando profiere el auto de detención, (artículos 383 del C. de P. P., y 55 del Decreto 014 de 1955);

2ª "Cuando dicta el auto de proceder (art. 431 del C. de P. P.);

3ª "Cuando declara una nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, sin penetrar esta hipótesis en el estudio de la responsabilidad, (art. 198, numeral 8º del C. de P. P.), y

4ª "Cuando es necesario determinar la naturaleza del delito cometido por el procesado, o la investidura oficial de éste, en orden a señalar la competencia del juzgador (arts. 42 a 49 y 65 del C. de P. P.).

"Y en ninguna de tales situaciones se hallaba el Tribunal cuando analizó el cuerpo del delito de abuso de confianza y la responsabilidad de los señores Lacorazza Stella. Luego esos prematuros conceptos que avanzó en tal sentido, fueron arbitrarios, por no autorizarlos la ley.

"Francisco Carrara, maestro de maestros, al hablar de la invalidación de una sentencia por vicios procedimentales, dice lo siguiente: 'De la forma de la sentencia nace la necesidad de enmendarla, cuando es admitida su anulación por haberse violado la forma procesal, y en este caso, el Tribunal que hace esta anulación, no emite ningún juicio acerca del mérito del asunto' (Programa de Derecho Criminal, número 1024, t. II, p. 492. Edit. Temis, Bogotá).

"Y otro ilustrísimo tratadista —Ortolán—, expresa: 'Es deber riguroso del juez el no manifestar de antemano opinión alguna, ni sobre el fondo del asunto, ni sobre ninguno de sus incidentes; porque como el juez no debe formar su opinión sino en consecuencia del desarrollo total de los debates, de los alegatos y de su resumen, y como puede modificarse con la deliberación, sería prevaricar el manifestar nada antes de haberlo oído todo. Además, sería alarmar gravemente a las partes y a la sociedad, e inducir las sospechas acerca de la imparcialidad del Juez para lo sucesivo, y en la resolución definitiva de la causa' (Tratado de Derecho Penal, t. II, p. 289)".

Transcribe, luego, el siguiente aparte del fallo de la Corte, de 15 de septiembre de 1955, (G. J., Nos. 2157-2158, p. 264): "Se observa que no se ha estudiado las razones del alegato de conclusión presentado ante la Corte por el señor defensor, sobre la irresponsabilidad del doctor Barraza Lora, porque ese tema resulta extraño cuando, como en el caso, apenas se trata de resolver acerca de vicios procedimentales".

. . . . . .

19º "Los Magistrados denunciados usurparon, pues, jurisdicción cuando en auto interlocutorio como es el que declaró la nulidad del proceso, sientan su criterio sobre materias substanciales del mismo y dicen que hay prueba plena, irrefutable e indiscutible de un delito de abuso de confianza, cometido por los señores Vicente, Hugo y Guido Lacorazza Stella contra los intereses de Zenaide Mareggini de Giunzioni.

20º "La extralimitación de funciones por parte de aquellos Magistrados llegó hasta el ecceso (sic) cuando revocaron el auto de apertura a prueba que no podía ser motivo de examen en la segunda instancia, porque no fue impugnado y se hallaba, por consecuencia, en firme, (arts. 196 y 200 del Código de Procedimiento Penal).

"En este punto hay que recordar que, en todo juicio, las resoluciones ejecutoriadas obli-

gan al Juez, no porque sean, como generalmente se dice, una ley del proceso, sino porque el procedimiento que se desarrolla en el curso de la acción respectiva constituye una serie de actos vinculados entre sí, que persiguen un fin común: el pronunciamiento de la sentencia, que es el supremo acto jurisdiccional que decide definitivamente 'sobre lo principal del juicio', como lo enseña el artículo 156 del citado código. Y esa concatenación de actuaciones necesita, como es obvio, firmeza y seguridad. Si el juez pudiera, a su antojo, revocar, modificar o alterar en cualquier tiempo las providencias ejecutoriadas para enmendar yerros que no se hicieron valer oportunamente, los juicios se harían interminables, perdería su seriedad el ordenamiento judicial y la administración de justicia sería el caos.

"Precisamente para evitar estas contingencias perturbadoras del procedimiento, se han instituído los términos judiciales, las notificaciones, los recursos —ordinarios y extraordinarios— contra los errores y desaciertos de los jueces, el fenómeno de la preclusión, y finalmente, la ejecutoria de los autos y sentencias.

"Por tanto, si el Tribunal encontró que los hermanos Vicente y Guido Lacorozza Stella aparecían como copartícipes del abuso de confianza atribuído a don Hugo, el camino no era el de revocar un auto ejecutoriado —el de apertura a prueba del negocio— para ligarlos al proceso, sino otro muy distinto que consultara la situación procesal creada en el momento de desatar la apelación de la sentencia. Ese camino adecuado y legal únicamente podía ser el de ordenar expedir copia de lo conducente para que se investigase, por separado, la responsabilidad de todos aquellos que, en concepto del superior, debían responder igualmente del abuso de confianza, según el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal. La honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de marzo de 1955 (G. J. Nº 2151, p. 885), se inspira en esta opinión que obédece, como ella misma lo dice, 'a una necesidad social y a un alto interés público...'

22º "Fuera de todo esto, la Sala fue más allá del límite de su competencia cuando oficiosamente ordenó el embargo y secuestro, que se esfuerzan por disfrazar con el llamativo nombre de *'congelación'*, de todos los bienes, no sólo del único sindicado, señor Hugo Lacorazza Stella, sino de Guido y Vicente Lacorazza Stella y de otras personas jurídicas que no tenían, ni podían tener el carácter de sujetos pasivos de la acción respectiva.

"El embargo y secuestro preventivos están siempre condicionados al auto de detención, o a la prueba que la ley requiere para dictarlos. Así lo pregonan, sin obscuridad alguna, los artículos 128 y 129 del Código de Procedimiento Penal.

"No es aceptable, por lo tanto, la tesis de que aquella medida 'puede y debe dictarse en cualquier etapa del proceso' porque los artículos citados no emplean, en ninguna parte, esta expresión ni otra similar. Y es de advertir que cuando el código quiere que un derecho se ejerza 'en cualquier estado del proceso', ya se trate de la primera o de la segunda instancia, así lo establece expresamente, como puede verse en los artículos 58, 59, 113, 130, 153, 200, 201, 266, 416 y 703, entre los cuales no figura lo referente al embargo preventivo.

"En el caso presente, y siguiendo el pensamiento del Tribunal, si él estimó que estaban demostrados el delito de abuso de confianza y la responsabilidad de los señores Lacorazza Stella, ha debido proferir el auto de detención. Y, una vez dictado éste y en la misma providencia, sí era pertinente el embargo de bienes.

"Pero como el superior no se atrevió, en su danza de desafueros, a pronunciar tan grave resolución, porque hubiera pretermitido la primera instancia (arts. 156, 183 y 187 del C. de P. P., y 58 del Decreto 014 de 1955) y violado los artículos 200 y 457 de la ley procesal, faltó entonces el presupuesto básico del embargo —que es la orden de detención— y esa medida precautelativa contra el patrimonio, resulta, por lo mismo, claramente arbitraria o abusiva.

23º "Sin haberse dictado auto de detención, sin haberles recibido indagatoria a Guido y Vicente Lacorazza en el curso de ese proceso penal, no solamente los dichos Magistrados embargaron todos los bienes de propiedad de ellos, sino que llegaron a impedirles la salida del país mediante órdenes impartidas al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Sección de Extranjeros del Servicio de Inteligencia Colombiano. Esta es otra de las máximas arbitrariedades cometidas contra nuestras personas y nuestros bienes. Simplemente se nos ha decretado el arraigo judicial que fue abolido de la legislación colombiana, como antidemocrático y lesivo de la personalidad humana.

"Solamente cuando se profiere el auto de detención y para asegurar la captura del procesado, puede impedirse que éste salga del país. Antes no, porque a ello se oponen los artículos 16 y 23 de la Constitución..."

INICIACION DEL PROCESO:

Primeramente se abstuvo la Sala —luego de la práctica de algunas diligencias— "de abrir investigación en contra de los honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctores Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado...", de acuerdo con el auto de 30 de octubre de 1959, (fs. 55 a 65, del Cdn. Nº 1).

Mas presentada nuevamente la denuncia contra los nombrados, el actual Magistrado ponente, a quien ya correspondió en reparto este asunto y tomada en consideración la doctrina sentada por la Corte en providencia de 18 de septiembre de 1953 (G. J. t. LXXVI, p. 442), según la cual el juez no puede rechazar la acción penal mediante auto "en que exponga las razones por las cuales así procede..." cuando "ya se inició la investigación...", dispuso adelantar este proceso, tomando en cuenta que ya se habían practicado algunas pruebas, (fs. 11 a 54), y que la complejidad de los cargos hechos; el interés de toda persona imputada de un delito de ser oída y de que se declare su inocencia, si fuere inocente, y el mandato contenido en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, así lo hacían pertinente. Tanto más cuanto que ante la insistencia del denunciante para que se adelantara la averiguación penal, esta Sala, en auto de 14 de marzo de 1960 (f. 100 a 102 del Cd. Nº 1) expresó que la resolución por la cual no se abrió la instrucción criminal "no significa, como es obvio, que la decisión de la Corte haga tránsito a cosa juzgada".

RESULTADO DE LA INVESTIGACION:

1º Declaración del doctor Néstor Leal Contreras.

Dice que como apoderado de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, en el proceso adelantado contra el señor Hugo Lacorazza Stella, (fs. 248 a 248 v. del Cd. Nº 2), le consta que "la señora..." citada... "entró a hacer parte de la sociedad 'Stella & Compañía S. A.', con un capital de doscientos mil pesos, que equivalía a la mitad del haber social..."; que para administrar ese interés social, confirió poder general al señor Hugo Lacorazza Stella, en el año de 1951; que "dicho apoderado, en acuerdo con los demás socios, con excepción de don Carmine Stella, transformaron esa sociedad anónima en otras limitadas. Continuó el giro social de esos negocios hasta que el señor apoderado general Hugo Lacorazza Stella vendió la totalidad del interés social a sus propios hermanos, en el mes de agosto de mil novecientos cincuenta y siete... contra expresa protesta de la señora Zenaide, según carta de ella, de trece de agosto del dicho año. Como la transformación y las cuentas se cumplieron, la señora Zenaide confirió poder al doctor Carlos Delgado Morales y este presentó denuncio penal por abuso de confianza contra Hugo Lacorazza Stella. La investigación continuó y cuando la justicia consideró agotado el procedimiento, dictó providencia por la cual absolvió al señor Hugo Lacorazza Stella, y como contra esa providencia no se interpuso ningún recurso, fueron enviados los autos al Tribunal en consulta. Los señores Lacorazza o el Juzgado y en todo caso cualquier persona, propiciaron una información en el periódico 'El Tiempo', en que se daba cuenta de la forma como había terminado el negocio. Esa información fue leída en Italia y como era natural, la víctima se alarmó y en el mes de abril del año pasado envió poder general al doctor Max López Guevara, quien me constituyó como apoderado especial de la señora. Yo estudié los autos y encontré que la mayor parte de las pruebas que la señora informaba que había enviado desde el principio de la investigación, no habían sido agregadas. Informé de esto al apoderado general y él procedió a pedirle todo ese fólder al doctor Delgado Morales, quien se lo entregó. Esas pruebas fueron traducidas del italiano al castellano y obran en el expediente. Como el Ministerio Público no había intervenido, porque evidentemente no está obligado, por tratarse de una investigación seguida por el Decreto 014 de 1955, el apoderado general doctor Max López Guevara se dirigió al Procurador General de la Nación, exponiéndole la situación y recalcándole sobre la vergüenza que significaba para la justicia colombiana el despojo de todos los bienes de la señora Giunzzioni, y el Procurador pidió al Fiscal su inmediata intervención. Ya en ejercicio de mi función de apoderado alegué y propuse algunas nulidades en la investigación y solicité que se decretaran, con el objeto de enderezar el procedimiento y además para que la justicia estimara esas pruebas y permitiera un amplio debate para que la justicia pudiera llegar a un resultado cierto. El Tribunal Superior, en razón de lo alegado por mí y que fue coadyuvado por el Fiscal del Tribunal, doctor Llinás Pimienta, decretó la nulidad y dispuso *congelar* los bienes de todos los hermanos

Lacorazza, ya que surgía de bulto que ese delito no había podido ser cometido sin la colaboración de los hermanos Vicente y Guido... En mi concepto, la maniobra principal consistió en que ellos, los sindicados, no enviaron informaciones escritas a la socia y se limitaban a viajar a Italia para darle informaciones verbales, en el sentido de que todo marchaba muy bien, que ella tenía seguro su capital y que perfectamente podía cumplir sus planes de que su hijo viniera a ponerse al frente de tales negocios. Era tal la confianza que la señora tenía en su apoderado Hugo y tan notoria la que tenía en Vicente, que fue fácil para ellos despojarla de sus haberes. Hay algunas escrituras o por lo menos algunas en que se habla de la unanimidad de los socios para tomar determinadas medidas, en relación con los bienes de la sociedad, hechas en escritura pública principalmente por Vicente. Pero es lo cierto que tal unanimidad no existió y por eso he dicho al Tribunal que además existe el delito de falsedad, como uno de los medios para el despojo, ya que por lo menos don Carmine Stella, socio de la anónima, nunca consintió en la transformación, según aparece en el expediente que actualmente está en el Tribunal. Como en este proceso que ustedes conocen los señores Lacorazza Stella están tratando de justificar sus negocios y de proporcionarse una prueba a espaldas de su víctima, yo insinuaría con todo respeto que el juzgado fuera en su investigación hasta el origen, o sea hasta las circunstancias, maniobras, etc., que precedieron y que fueron también concomitantes a la transformación y que se estudiara la razón por la cual se transformó en varias sociedades ese capital, a fin de establecer si esos hechos fueron o no meditados y calculados para el fin propuesto, de despojar a la señora de Giunzzioni de sus bienes...", (Cd. Nº 2, fls. 248 a 249 v.).

2º Declaración de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, (Cd. Nº 2, fs. 264 a 270).

Refiere la nombrada que en el año de 1950 compró doscientas (200) acciones de la sociedad "Stella & Cía. Ltda.", con sede en Bogotá, por la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00); que por residir ella en Italia y por cuanto Hugo Lacorazza Stella le inspiraba gran confianza y que se trataban "como de la familia", resolvió nombrarlo su apoderado general, "con amplias facultades para administrar..." sus bienes en Colombia y representarla "en todo lo que estimara necesario; que "posteriormente viajó Hugo a Colombia, a ponerse al frente de los negocios". Dice, asimismo, que a sus consultas sobre la marcha de los negocios, le respondía su apoderado "con promesas y evasivas...", habiendo resuelto, en el año de 1956, anunciar un viaje suyo a Colombia, el cual, sin embargo, no pudo realizar. Afirma que posteriormente el señor Carmelo Stella le hizo saber el cambio de la razón social de la sociedad; que ocurrida la muerte de este señor, conoció una carta dirigida por Hugo Lacorazza Stella a la declarante, que don Carmelo no le había entregado, pero que antes de fallecer le informó de su existencia, en la cual Hugo le daba cuenta "del cambio de la constitución social de la firma, cambio que se había efectuado veinte meses antes de la muerte de don Carmelo; esto es, que la carta en cuestión fue enviada por Hugo Lacorazza Stella año y medio después de que se había cambiado la razón social.

Dice luego lo que pasa a transcribirse:

"A esta carta era a la que se refería don Carmelo antes de morir, cuando me explicó que no me había hablado del cambio de la firma, en vista de que yo me hallaba enferma y no quería ocasionarme una contrariedad. En vista de esto yo le dirigí una carta a Hugo, pidiéndole nuevamente informes sobre el estado de los negocios y reclamándole sobre la determinación inconsulta de cambiar la constitución de la sociedad. Hugo me respondió diciéndome que no podía por carta darme todas las informaciones solicitadas, pero que Vicente llegaría a Parma a fines de agosto para darme todas las explicaciones a que yo tenía derecho a saber. Al recibo de esta carta resolví consultar con mis abogados en Italia, en vista de que mi apoderado no era Vicente, sino Hugo y de que comprendí que tanta reticencia en darme los informes solicitados ocultaba alguna cosa que no estaba clara. Mis abogados me aconsejaron revocarle inmediatamente el poder general a Hugo. Inmediatamente procedí a escribirle una carta a Hugo increpándole su actitud y avisándole que no debía hacer uso del poder, que le había conferido, porque intentaba revocárselo; esta carta no tuvo respuesta. A fines de agosto me trasladé a Parma, con el objeto de conversar con Vicente, quien, de acuerdo con lo anunciado, debería encontrarse allí. En la entrevista adelantada con Vicente, éste me manifestó que si yo creía tener algún derecho lesionado, lo hiciera valer por intermedio de un abogado para que procurara su resarcimiento; que no me podía entregar plata, porque no la tenía y que aunque tuviera la plata, no podía hacerlo, por cuanto yo le había revocado el poder a Hugo

y en esas circunstancias él no podía tomar ninguna acción con respecto a mis intereses. Vicente, entonces, al día siguiente, en presencia del doctor Menozzi, doctor en ciencias económicas y comerciales, manifestó que reconocía mis derechos en la sociedad y que quería llegar a un acuerdo para la entrega de mi dinero, si no todo de una vez, al menos para fijar las cantidades mensuales que habrían de abonarse con el fin de saldar o liquidar mis intereses en la sociedad, pero que para lograr ese acuerdo, era necesario que le facilitara a Hugo el poder general cuya revocatoria le había anunciado en carta anterior. En vista de esta promesa y con el fin de obviar por todos los medios posibles la discordia consiguiente a recurrir ante las autoridades, yo acepté la propuesta de Vicente y procedí, por medio de una carta dirigida a Hugo, a ratificarle el poder para facilitarle, según el dicho de Vicente, la realización de ese ofrecimiento. Todo esto estuvo hecho con base en la buena fe y en la ingenuidad mía, que no me dejaba imaginar que lo que se me estaba diciendo fuera enteramente contrario a la verdad. Esto lo digo, porque cuando Vicente estuvo en Parma conversando conmigo y antes de viajar él a Colombia para viajar a Italia, ya Hugo había vendido a Vicente y a Guido todos mis intereses en la sociedad, tan pronto como recibió la primera carta mía en que le advertía mi intención de revocarle el poder y le advertía que no hiciera uso de él. De esa venta de mis intereses, Vicente no me dijo una sola palabra, durante el tiempo que permaneció en Italia; tan sólo me habló de que habían cambiado la razón social de la sociedad, cambiándola de sociedad limitada en anónima, y mostrándome las escrituras correspondientes, con la explicación de que ese cambio era provechoso para los asociados, por cuanto por el nuevo sistema se pagaban menos impuestos. En vista de estas razones, yo acepté el cambio de organización social, pero no sin mostrar descontento de que ese cambio se hubiera hecho a espaldas, sin el consentimiento mío, siendo que soy la propietaria de la mitad de los intereses de esa sociedad... Después de la conferencia con Vicente, él se vino para Colombia y yo quedé en la espera del cumplimiento de sus promesas...''.

Dice, luego, que el señor Luigi Marinoni, residenciado en Bogotá, le envió una copia del Boletín de la Cámara de Comercio de esta ciudad, (edición de 31 de agosto de 1957), en el cual aparece la copia del extracto notarial (Escritura Pública número 3511, de 21 de agosto de 1957), ''por medio de la cual Hugo Lacorazza, obrando como mi apoderado general, vende a Guido y Vicente Lacorazza Stella la totalidad de mis derechos en la firma 'Stella Limitada', que corresponde a la antigua sociedad 'Stella & Co. S. A.', constituída por Escritura Pública número 772, de 29 de agosto de 1931, de la Notaría Cuarta de Bogotá y transformada en sociedad comercial de responsabilidad limitada, por Escritura Pública número 5175, de 29 de septiembre de 1955, de la misma Notaría Cuarta...''

Agrega que fue ésta la primera y única noticia que tuvo de la operación hecha por Hugo Lacorazza Stella y que inmediatamente tanto ella como su abogado en Italia, el doctor Menozzi y el párroco de Reggio Emilia, le escribieron a los Lacorazza Stella, ''solicitándoles...'', dice..., ''que me mandaran el dinero valor de mis acciones que habían vendido, ya que habían dispuesto de mis intereses en la sociedad. Como ninguna de las mencionadas cartas tuvo respuesta...'', continúa la declarante..., ''yo me dirigí a un cuñado mío que vive en Caracas, solicitándole que viniera a hablar con los Lacorazza. Mi cuñado, Teófilo Giunzzioni, en compañía de mi hijo, quien se hallaba en Caracas, viajó a Bogotá, en compañía de un abogado, con el objeto de hablar con los Lacorazza. A mi cuñado le había otorgado el correspondiente poder y estaba facultado por mí para arreglar todo lo relacionado con este negocio. Mi cuñado me informó que sus gestiones ante los señores Lacorazza habían culminado en la conclusión de que, una vez que estuvieran en regla los papeles relacionados con la muerte de don Carmelo, se arreglarían las cuentas a través de un arreglo amistoso. Al próximo mes de marzo o abril de mil novecientos cincuenta y ocho, nuevamente volvieron mi cuñado, mi hijo y abogado a conversar con los Lacorazza y en esta ocasión les manifestaron que ya no tenían nada que hablar con ellos, porque el dinero ya me lo habían mandado a Italia. En vista de esta información y sabiendo que no era verdad que me hubieran enviado un solo centavo, mi cuñado procedió a darle poder a un doctor de nombre Alvaro Uribe Pereira y de parte civil al doctor Delgado Morales Carlos, para que adelantaran un juicio contra los Lacorazza y lograran la restitución de mis bienes. El doctor Delgado Morales me escribió en varias ocasiones, diciéndome que estuviera tranquila, que la causa mía era una cosa completamente segura; sin embargo, poco después, en febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, el señor Marinoni, me envió un recorte de prensa que informaba que mi caso

se había perdido, porque Hugo había sido absuelto, porque no había cometido ningún delito. En vista de esto, yo telegrafié a Luiggi Marinoni pidiéndole que hablara con Delgado Morales, para que presentara la apelación de la sentencia que absolvía a Hugo; el doctor Delgado Morales le dijo a Luiggi que sí, que iría a apelar; que había sido un error del Juez, pero que en la apelación la causa vencería; pero sin embargo, inexcusablemente, el doctor Morales (sic) no apeló. Yo me dirigí al Cónsul de Colombia en Milán y le conté lo que me estaba pasando en Colombia y él me aconsejó que si no quería perder todos mis bienes en Colombia, debía trasladarme inmediatamente a este país; inmediatamente arreglé mi viaje para Colombia, y llegué aquí a Bogotá el siete u ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve. Antes de venirme, procedí a revocar el poder a Delgado Morales y a otorgarlo al doctor Max López Guevara y al doctor Leal Contreras, en calidad de apoderados general y especial".

En el interrogatorio que le fue hecho, dice, además:

a) "Yo nunca autoricé la venta de mis intereses y por el contrario, prohibí expresamente a Hugo, en la carta a que me he referido anteriormente, que se valiera del poder para vender mis acciones".

b) Que del valor de sus intereses, a que alude, no ha recibido "nada absolutamente..."

c) Que en su conversación con Vicente Lacorazza Stella, en Parma, a la cual hizo referencia, no fue informada por éste sobre la venta de sus acciones; y que si en una declaración suya (que el instructor le pone de presente) rendida en un juicio laboral aparecía aceptando lo contrario, esto es, que el señor Lacorazza sí le informó de la venta hecha de sus acciones, ello se debe a que ella o su intérprete "nos hubiéramos confundido".

3º Declaración del señor Hugo Lacorazza Stella, (fs. 278 a 278 v.).

Dice lo siguiente:

a) Que "durante mis servicios a la señora..." Zenaide... "le enviaba dinero por medio de mi tío Carmine Carmelo Stella, ya sea en dóllares o en liras, por medio de amigos".

b) Que "normalmente los dóllares se enviaban en cheques comprados entonces en bolsa negra, y las liras por medio de una negociación que hicimos con el señor Francisco Cascardo, de Honda, quien entregó a don Carmelo liras y nosotros a él pesos colombianos. Unos dólares los compré al señor Zackman, quien negociaba en bolsa negra, pero precisamente no recuerdo cuánto le compré a él, pero por recibos obtenidos de mi tío Carmelo, podría dar el total; otros cheques compraba y enviaba por medio de amigos viajeros, o los que se conseguían por medio de la bolsa negra o bolsa gris, cuando ya había sido permitido por el gobierno, recibos que también tengo en mi poder".

c) Que esos giros correspondían a "dinero que me había pedido don Carmelo para sus gastos y compras de propiedades, arreglos de las mismas y tener dinero con él para eventuales operaciones".

d) Que "los envíos naturalmente se cargaban posteriormente al dinero recibido por la venta hecha por mí del aporte de la señora Zenaide Mareggini".

e) A una pregunta sobre este particular, dice que "creo que don Carmelo nunca informó de los negocios a doña Zenaide y por consiguiente de los dineros recibidos, y si algo supo la señora Zenaide, fue leyendo la correspondencia a escondidas de don Carmelo o a su muerte, revisando papeles y correspondencia".

4º Ampliación del testimonio de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, (fs. 313 a 316):

En esta diligencia aparece el siguiente interrogatorio hecho a la declarante nombrada y las respuestas correspondientes:

"Preguntado por el señor Juez a la declarante, por conducto de su intérprete: Obran dentro de las presentes diligencias copia de una carta dirigida por usted el once de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, desde Reggio Emilia, al señor Hugo Lacorazza, en la cual usted manifiesta: 'Por la conversación tenida en Parma, he quedado un poco sorprendida por la forma en que se expresaron las cosas relacionadas con nuestros intereses comunes. Por ejemplo: cuando el señor Vicenzo me dijo que mis cuotas han sido vendidas y que si tengo razón para hacerla valer recurra a un abogado'. Posteriormente, en su declaración rendida ante este Despacho, usted manifiesta: 'Que Vicente, durante su estada en Italia, a raíz de la muerte de don Carmelo, no me trató en ningún momento sobre la venta de mis acciones, sino únicamente sobre la transformación de la sociedad'. Sírvase explicarnos ¿cuál es la razón de esta aparente contradicción y aclarar todo lo relacionado con este asunto? Contestó: Después de ocho horas de interrogatorio yo me encontraba muy mala y tuve que tomar algunas pastillas,

de lo cual el señor Juez es testigo, usted me dijo que si quería suspender la diligencia y yo no quise. Yo confirmo lo que dije en la carta del once de septiembre, porque es la pura verdad. No niego que Vicente me dijo de la venta de las acciones, pero me lo dijo en forma relativa. Yo vine a saber seguramente de la venta de las acciones por medio del boletín de la Cámara de Comercio, que me envió Luigi Marinoni, porque yo no creía que me hubieran vendido las acciones, sin el permiso mío. Cuando me llegó el Boletín de la Cámara de Comercio, yo me fui inmediatamente a Parma, para encontrar a Vicente y no lo encontré por ningún lado y ahí me di cuenta que las acciones sí las habían vendido según lo que decía el Boletín...''

. . . . . .

También afirma la declarante:

a) Que de la correspondencia cruzada entre don Carmelo Stella y los señores Nicolás Stella y Vicente Lacorazza tuvo conocimiento porque ''tres horas antes de morir don Carmelo me dijo que en un cajón del escritorio encontraría todos los papeles relacionados con el cambio de la sociedad y una carta que había escrito a Vicente, Guido y Hugo. No encontré nada más''.

b) Que desde el año de 1949 proyectó comprarle a don Carmelo Stella las doscientas acciones que tenía en la sociedad 'Stella & Co. S. A.' ''.

5º Certificación del señor Francisco Cascardo, (f. 336, cd. Nº 2):

Se dice en este documento que ''hago constar que en el año de 1955, por intermedio de mi cuñado Juan Marchese, vendí una finca de mi propiedad situada en la ciudad de Paola (Italia); que el dinero proveniente de esa venta fue negociado con don Carmelo Stella y, en consecuencia, mi cuñado le hizo entrega de las liras respectivas en su totalidad; que por orden del mismo señor Carmelo Stella, don Vicente Lacorazza Stella, me canceló en moneda colombiana, la suma total antes referida, según consta en cartas y documentos que están en su poder, así como en mi contabilidad; que no es cierto que la venta de mi finca situada en Paola, fuera hecha por intermedio de don Carmelo Stella, sino de mi cuñado Juan Marchese. Esto lo digo en honor a la verdad y corresponde, de consiguiente, a los hechos. Para constancia firmo, en Honda, a dos... de agosto de mil novecientos sesenta. Francisco Cascardo''.

6º Carta firmada por ''Carmelo'', presentada por el apoderado de la parte civil en este proceso, (f. 318):

''Milán, mayo 22 de 1951. CHARLA INTIMA: Querido Manrico: He quedado bien enterado de tu informe de 9 de este mes encabezado Charla Intima, y me place saber que mis cosas han sido *sistemate in modo da considerarmi* libre de polvo y paja. Bien y rebién. Ahora, y mientras luego veré si debo ampliar más mi pensamiento, te quiero fijar así mis disposiciones definitivas: Para Zoraide (detta también Zenaide) Marengini de Giunzioni, destinados a sus hijos Luciano (hoy de once años) y Sara (hoy de cuatro años y medio), 160 acciones (ciento sesenta), valgan lo que valgan. Las otras 40 acciones, en el supuesto que puedan valer a dos mil pesos cada una: Para Sara y para Rosa 12000 cada una, 24.000. Para Vicente, Hugo, Ida, Guido y Vera, 4000 c/u, 20.000. Para Juan Nicolás y Carmencita, 4.000 c/u, 8.000. Para Flavia Maregini (detta Flavia)... in Parachini... 10.000. Para Yolanda... 10.000. Para Aldo (el sobrino, hijo del hermano Pacho) 4.000. Para Luis Alberto... 4000... Suman. 80.000. Esto debe ser dado como cosa tuya, y cuando tú crees poderlo dar, sin ningún afán, quedando en tus manos las 40 acciones. Valiendo ellas más, harás con la diferencia lo que tú juzgares conveniente. La Zoraide o Zenaide, te mandará disposiciones especiales, que irán con próximo correo. Te abrazo caramente y quedo su afmo. hermano (firmado) Carmelo''.

Sobre esta carta, dijo la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, al fl. 315, en virtud de pregunta que le hizo el señor apoderado de la parte civil en este asunto, que ''conozco la firma de Carmelo, pero no conocía la carta. Sobre esto tengo que decir que yo solo conocía de mis doscientas acciones que he comprado''.

7º Carta firmada por ''Carmelo'', presentada por el apoderado de la parte civil en este negocio, (fl. 317).

Se dice en esta carta dirigida a ''Manrico'' y fechada en Milán el 21 de marzo de 1954, lo siguiente: Por lo que se refiere al informe para mí, debes limitarte a lo mínimo posible: resultado de los balances, copia de éstos, y una pequeña relación omobonística. Luego y cuando ya te habrás dado un buen reposo, deberá definir la parte relativa al traspaso a la Zori, no queriendo que la cosa quede en suspenso o no definida. Así yo podré descansar y volver a no pensar más en el asunto, estando siempre con el mismo suspenso, sobre todo cada vez que no me siento bien''.

Lo transcrito fue objeto de una pregunta del mismo apoderado de la parte civil, a la señora

Mareggini de Giunzzioni, así: "Si efectivamente usted le compró a don Carmelo las doscientas acciones que él tenía en la sociedad Stella & Cía. S. A., tenga la bondad de decir cómo se explica..." el contenido del párrafo antes transcrito, pregunta que respondió la declarante diciendo que "lo único que yo puedo decir es que yo era la propietaria de las doscientas acciones y que Carmelo siempre me decía que él me había vendido las acciones y yo era la propietaria de ellas".

8º Informe de los peritos que examinaron el proceso adelantado contra Hugo Lacorazza, por el delito de abuso de confianza, (fs. 355 a 361, del Cd. ib.):

Los peritos, doctores Francisco A. Barón y José Vicente Leal, respondieron el cuestionario que les fue sometido, así:

a) Que en la denuncia presentada el 13 de junio de 1958 por el señor Teófilo Giunzzioni éste manifestó obrar como apoderado general de Zenaide Mareggini de Giunzzioni; que en la demanda de constitución de parte civil, en ese asunto, se afirmó que el poder otorgado por Zenaide Mareggini de Giunzzioni al señor Hugo Lacorazza Stella, fue revocado por Escritura Pública número 2708, de 17 de mayo de 1958, de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, cuya segunda copia obra en el expediente, y que, por los datos anteriores, pueden deducir que el señor Teófilo Giunzzioni "no era apoderado general de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, en el día de formular la denuncia", (ordinales 1º a 4º, inclusives).

b) Que la acción penal fue iniciada ante el Juez 5º de Instrucción Criminal de Bogotá; que en auto de 9 de enero de 1959, se dijo que no existía base legal para decretar la detención preventiva del señor Hugo Lacorazza Stella, siendo abierto a pruebas el negocio, por el término de 15 días; que esta providencia "fue notificada en forma legal", (ord. 6º y 7º del mismo informe).

c) Que para llevar a cabo la diligencia de inspección ocular ordenada en el auto cabeza de proceso, se señaló el día 26 de junio de 1958, habiéndose designado directamente por el Juez a los señores Felipe Morales y Pablo E. Raymond, como peritos contables, con el fin de resolver las cuestiones propuestas en providencia de 23 de junio del mismo año, y que esa diligencia fue practicada en la fecha indicada y el informe de los peritos ampliado, a solicitud de los apoderados de las partes, habiéndolo rendido dentro de los términos señalados por el Juez, (ord. 8º a 10º ib.). Además, anotan que ese informe pericial fue ampliado a solicitud de la parte civil en ese negocio, puesto en conocimiento de las partes, sin haber sido objetado, habiendo quedado en firme, "según las prescripciones legales", (ord. 11º y 12º del informe aludido).

d) Que el Juzgado 8º Superior de Bogotá, en sentencia de 18 de marzo de 1959, absolvió al señor Hugo Lacorazza Stella, de todos los cargos que le fueron formulados en la denuncia y en la demanda de parte civil, fallo que no fue apelado, (ord. 15º y 16º ib.).

e) Que el 9 de abril de 1959 el proceso fue recibido en el Tribunal Superior de Bogotá; que el 16 del mismo mes pasó al Fiscal para que manifestara si quería intervenir; que el 20 del citado mes de abril, el señor Fiscal 3º manifestó que no intervenía en el negocio; que el 27 de abril siguiente, el doctor Néstor Leal Contreras fue reconocido como apoderado de la parte civil en el proceso; que el 4 de mayo de 1959, por razones de un reparto general, correspondió el asunto al doctor Guillermo Moncayo; que el 13 de mayo entró para sentencia; que por auto de 20 de mayo de 1959, se dispuso que el proceso volviera a la Fiscalía 3ª, por conocerse que la parte civil había acudido ante la Procuraduría General de la Nación; que no existe petición concreta de la parte civil, para que el asunto volviera al citado Fiscal; que el 15 de mayo el doctor Leal Contreras "presentó alegato analítico de la situación de su cliente y, en general, de las pruebas recogidas; que el 20 de junio de 1959, "cuando ya el negocio contra el señor Hugo Lacorazza Stella estaba al despacho para sentencia, fueron presentadas algunas pruebas por el apoderado de la parte civil... (ord. 17 a 26 ib.).

f) Que es cierto que "de cuerdo con el proveído del 4 de agosto de 1959, emanado del Tribunal Superior de Bogotá, se decretó la nulidad de todo lo actuado en el proceso contra el señor Hugo Lacorazza Stella, sólo desde el auto fechado el 2 de febrero de 1959, exclusive, en adelante", (ord. 29 ib.).

g) Que este auto, de 2 de febrero de 1959, "se dictó en el Juzgado 5º de Instrucción Criminal y ordena requerir al señor Lacorazza Stella para que presente algunos documentos mencionados en su indagatoria", (ord. 30º ib).

h) Que "a pesar de haberse declarado la nulidad en la forma expresa y concreta antes citada, el Tribunal resolvió revocar el auto de 9 de enero de 1959, sin que hasta él alcanzara dicha nulidad", (ord. 31).

i) Que "en armonía con la misma providencia del 4 de agosto de 1959, la Sala Penal del Tribunal Superior ordenó solamente 'oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que se abstenga de registrar cualquier venta de acciones que hagan los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, de las sociedades 'Stella Limitada', 'Almacén Stella Limitada' y 'Stella Hermanos & Cía. Ltda.', lo mismo que la venta de cualesquiera otras acciones de los expresados señores en otras sociedades o empresas; oficiar igualmente al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, para que se abstenga de registrar cualquiera escritura o documento de enajenación de bienes muebles o inmuebles, acciones, etc., que hagan los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, y solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores que se abstenga de conceder permisos o pasaportes a los mencionados señores Lacorazza Stella. La congelación debe comunicarse también a todas las entidades respectivas", (ord. 32, ib.).

j) Que es cierto que "no obstante haberse decretado la congelación de bienes de manera tan precisa como lo dice la orden antes transcrita, se libraron oficios a los bancos, al Centro Colombo-Italiano, al Hipódromo de Techo, a las sociedades y empresas no relacionadas en la parte resolutiva de tal providencia", (33º ib.).

k) Que es cierto que "en los oficios librados con ocasión de dicha orden y firmados directamente por el Magistrado Guillermo Moncayo se dijo que la congelación de bienes comprendía a los de las sociedades 'Peletería Alberto', 'Peletería Dalmar', 'Sombrerería Stella Limitada', 'Sombrerería Roxi' y 'Sombrerería Bogotá'; firmas esas que ni siquiera se mencionaron en el curso del referido negocio penal", (ord. 34º, ib).

l) Que "no corresponden los oficios librados por el Tribunal, con la firma del magistrado ponente, a lo ordenado en la parte resolutiva del auto proferido el 4 de agosto de 1959", (ord. 35º, ib.).

ll) Que "no hay ninguna petición, ni denuncia de bienes, ni solicitud sobre el caso", hecha por la parte civil, "en cualquier momento antes de proferirse dicha providencia...", ni hizo "denuncia de bienes, ni pidió embargo y secuestro preventivo de aquellos a que se ha extendido las medidas tomadas por el Tribunal", (ord. 36º, ib.).

m) Al ser preguntados los peritos si "la parte civil al hacer el denuncio y formular la petición de que habla el numeral anterior, otorgó la caución prevista en el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal", dicen que "no operó este caso, o mejor, no hubo caución, ni petición", (ord. 37, ib.).

n) Que es cierto que "el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, en auto de 13 de agosto de 1959, ratificó las órdenes impartidas en cuanto a la congelación de bienes y a las otras consecuencias de su providencia inmediatamente anterior"; y que los señores Vicente Lacorazza Stella y Guido Lacorazza Stella no fueron denunciados, sino que "eran extraños", (ord. 38º y 39º, ib.).

ñ) Que es cierto que "los oficios librados por el Magistrado Moncayo lo fueron antes de notificarse el correspondiente proveído y surtieron efectos inmediatos", (ord. 40º ib.).

o) Que "es cierto que al folio 29, del cuaderno 1º, se encuentra el poder general conferido al señor Hugo Lacorazza Stella por la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, fechado el 21 de noviembre de 1959 (sic)..." (de 1950, según la copia que obra a los fls. 239 a 243, del Cd. Nº 2, de este proceso)..., "en Regio Emilia, Italia"; que al fl. 12 del mismo cd. "aparece la copia de la escritura número 5175, de 20 de septiembre de 1955, por medio de la cual la sociedad 'Stella & Cía. S. A.', se transformó en sociedad de responsabilidad limitada, bajo la razón social de 'Stella Limitada', con capital de $ 400.000.00, en la cual aparece la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni con un aporte de $ 200.000.00"; que en la misma escritura se incluyó el artículo 13º de los Estatutos de la expresada sociedad 'Stella Limitada', cuyo texto dice: (f. 14 v.):

'El socio que quiera vender la totalidad o parte de sus derechos en la sociedad, deberá preferir en igualdad de condiciones a los otros socios conjuntamente. Para tal efecto deberá dirigir carta al Gerente, comunicando su deseo de vender, con expresión de las condiciones de precio y forma de pago. El Gerente, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la propuesta, comunicará a los otros socios la propuesta para que expresen dentro del término de treinta (30) días si desean comprar. En caso de silencio, este se considerará como respuesta negativa. El Gerente procederá a distribuír los derechos que se pretenden vender entre los socios que deseen comprar, en proporción a sus respectivos aportes o interés social. Si ninguno de los socios manifestare su deseo de comprar, el socio que desee vender podrá celebrar la operación con un tercero, con la expresa condición

de que sea aprobado por todos los socios. En caso de que no fuere posible realizar ninguna de estas fórmulas, el impase se resolverá con la disolución y liquidación de la sociedad. La Gerencia y los otros socios gozarán del término de sesenta (60) días hábiles para resolver sobre la fecha en que fuere entregada la comunicación respectiva a la Gerencia por el socio que proyecta vender'.

Que en el expediente no se encuentra ninguna carta de la señora Mareggini de Giunzzioni, en que comunique su deseo de vender sus acciones en la sociedad 'Stella Limitada'; que al folio 59 aparece la traducción oficial de la carta de 13 de agosto de 1957, dirigida desde Rivalta, Regio Emilia, Italia, por la señora Mareggini de Giunzzioni a los señores Hugo y Vicente Lacorazza Stella, "reclamándoles por mantenerla a obscuras en todo lo relacionado con sus intereses y notificándoles, en forma clara y terminante, que no se valgan de su poder, porque se proponía revocarlo, en defensa de sus derechos"; y que es cierto que no obstante lo anterior, "el señor Hugo Lacorazza Stella vendió a los señores Vicente y Guido Lacorazza Stella 'la totalidad de los derechos o interés social que la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni tiene en Stella Limitada, por medio de la Escritura Nº 3511, de 21 de agosto de 1957, celebrada en la Notaría 7ª del Circuito de Bogotá, cuya copia se encuentra a los folios 89 y siguientes del cuaderno 1º...", venta que se hizo "por la suma de $ 275.000.00 y habiendo declarado el vendedor que recibía ese valor 'para la vendedora, señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni'," (ord. 41º a 46º, ib.).

p) Dicen, igualmente, los peritos que "es cierto que por Escritura Nº 3523, de 22 de agosto de 1957, de la Notaría 7ª de Bogotá, cuya copia aparece a los fs. 96 y ss. el señor Hugo Lacorazza Stella..." vendió... "la totalidad de los derechos o interés social que su representada, Zenaide Mareggini de Giunzzioni tiene en 'Stella Limitada', por la suma de $ 7.000.00, que el compareciente declara tener recibidos para la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, en su totalidad"; que, asimismo, "es cierto que por Escritura Nº 3522, de 22 de agosto de 1957, pasada en la misma Notaría, cuya copia aparece a los fs. 103 y ss., el señor Hugo Lacorazza Stella vendió a los señores Vicente y Guido Lacorazza Stella 'la totalidad de los derechos o interés social que su representada, Zenaide Mareggini de Giunzzioni tiene en la Compañía Stella Hermanos & Cía. Ltda., por la suma de $ 18.000.00, que el compareciente declara tener recibidos a su satisfacción'; que "no hay constancia alguna..." en el proceso sobre que la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni haya recibido suma alguna por razón de las ventas antes aludidas, relacionadas con sus acciones en las sociedades 'Stella Limitada', 'Stella & Cía. Ltda.' y 'Stella Hermanos Limitada'; que "es cierto que en su propia indagatoria, el señor Hugo Lacorazza Stella dice que la venta de aquellas acciones la hizo con posterioridad al recibo de la carta, por medio de la cual la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, le notificaba que no se valiera de su poder, porque se proponía revocarlo"; que también "es cierto que según su indagatoria, el señor Hugo Lacorazza Stella afirma que 'resolví vender la totalidad de las acciones de doña Zenaide, para saldar mis deudas', y que a su propia poderdante no la consideraban como socia efectiva", (ord. 47º a 51º, ib.)

q) Que "el nombre de Mateo Minervino no fue hallado por los peritos en el archivo alfabético de extranjeros, a pesar de lo cual figura como acreedor en varias partidas, según las conclusiones del informe visible a los fs. 130 y ss., del Cd. 1º"; que asimismo "es cierto que la nota firmada por el señor Secretario General de la Procuraduría, del f. 38 del Cd. 2º, precede al auto del f. 40, ib., y que, por tanto, el Tribunal, en esa providencia, podía afirmar que 'tiene conocimiento de que la Procuraduría General de la Nación, comisionó al señor Fiscal Tercero del Tribunal para que intervenga en este asunto', a fin de pasarlo nuevamente al señor Fiscal"; que igualmente "es cierto que todos los documentos presentados en la segunda instancia por el apoderado de la parte civil, son traducciones oficiales del italiano y que en el auto de 4 de agosto de 1959 se tuvieron en cuenta, fundamentalmente, pruebas que ya estaban agregadas en primera instancia", (ord. 52º a 54º).

r) Que a los fs. 79 y 119 del Cd. 1º aparecen dos cartas, la primera suscrita por el señor Eduardo Talero y la segunda por la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, cuyo contenido aparece de las copias presentadas, posteriormente, por el perito Francisco Barón, (fs. 445 a 448 del Cd. 2º), ordinales 55º y 56º, ibídem.

9º Documentos:

A. El señor Vicente Lacorazza Stella entregó las copias de las declaraciones de renta y patrimonio del señor Mateo Minervino, residente en Italia, correspondientes a los años de 1939, 1940, 1947, 1950 y 1951. En la de 1940 se dice que se

debe "dirigir la correspondencia al cuidado de Nicolás Stella, carrera 9ª Nº 16-54", (fs. 419 a 437, del Cd. 2º).

B. Con respecto a la "congelación" de los bienes de los señores Lacorazza Stella y en cuanto a los efectos concretos conseguidos por esa orden del Tribunal Superior de Bogotá, se tienen los siguientes oficios:

a) Oficio del Banco Comercial Antioqueño, (f. 35 Cd. 2):

Informan al instructor, lo siguiente:

"Primero. En cumplimiento del oficio Nº 5, de 5 de agosto de 1959, del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, por medio del cual se ordenaba la congelación de los bienes de los señores Hugo Lacorazza Stella, Vicente Lacorazza Stella y Guido Lacorazza Stella, así como los de las compañías 'Stella Limitada', 'Stella & Stella Limitada', 'Stella Hermanos & Cía. Ltda.', 'Lacorazza Stella & Cía. Ltda.', 'Lacorazza Hermanos & Cía. Ltda.', 'Lacorazza & Cía. Ltda.', 'Peletería Alberto', 'Peletería Dalmar', 'Sombrerería Stella Ltda.', 'Sombrerería Roxi' y 'Sombrerería Bogotá', procedimos a retener el saldo de cuenta corriente de $ 105.78 a la firma 'Stella Hermanos & Cía. Ltda.', única de las antes citadas que tenía cuenta en esta Sucursal, suma que pusimos a disposición del Tribunal Superior en comunicación del 6 de agosto de 1959, según fotoscopia que acompañamos.

"Segundo. Posteriormente, el 12 de septiembre de 1959, se recibió en esta Sucursal el oficio Nº 6, del 6 de agosto del mismo año, emanado del mencionado Tribunal, en el cual aclaraba que la congelación se refería únicamente a los bienes de los señores Lacorazza Stella, en las firmas mencionadas..."

b) Oficio del Banco de Los Andes, (f. 86, Cd. 2º):

Dicen al instructor lo siguiente:

"...por orden del doctor Guillermo Moncayo, Magistrado del Tribunal Superior, en oficios Nos. 5 y 6 del 5 y 6 de agosto de 1959, con fecha 6 de agosto de 1959 fue retenido a órdenes de ese Tribunal el saldo de $ 132.00 moneda corriente que en cuenta corriente tenía a su favor el señor Vicente Lacorazza. Esta retención fue comunicada por nosotros en carta Nº 3913, de 10 de agosto del mismo año...".

c) Oficio del Banco de Colombia, (f. 107 del Cd. 2):

En esta comunicación se dice que fue retenida la suma de $ 13.03, "de la cuenta corriente de la firma 'Lacorazza Stella & Cía. Ltda.', la cual fue posteriormente 'desembargada', en virtud de la circular Nº 6, del Tribunal Superior de Bogotá.

d) Oficio de "Stella Hermanos & Cía. Ltda", (f. 113 ib):

Informan al instructor que se ordenó "la congelación de todos los intereses de sus socios Vicente Lacorazza Stella y Hugo Lacorazza Stella, los cuales montan a la suma de $ 27.500.00 a Vicente Lacorazza como aporte, y $ 9.000.00 a Hugo Lacorazza, como aporte".

e) Oficio de "S. Stella & Cía. Ltda.", (f. 115 ib.):

Se dice en esta comunicación que "se ordenó la congelación de todos los intereses de su socio Vicente Lacorazza Stella, los cuales montan a la suma de $ 30.00, como aporte".

f) Oficio de "Stella Limitada", (f. 116):

Dicen al instructor lo siguiente:

"Como Gerente de la Sociedad Stella Limitada, me permito comunicar a Ud., en relación con su oficio del 3 de los corrientes, que la primera circular, o sea la número 5 del 5 de agosto de 1959, no fue recibida por esta compañía y que solo se puso en práctica la segunda de tales circulares, en el sentido de ordenar la congelación de todos los intereses de su socio Vicente Lacorazza Stella y Hugo Lacorazza Stella, los cuales montan a la suma de $ 250.000.00 a Vicente Lacorazza como aporte, y $ 25.000.00 a Hugo Lacorazza como aporte".

g) Oficio de "Almacén Stella", (f. 117 ib.):

Informan al investigador que se ordenó "la congelación de todos los intereses de los socios Vicente Lacorazza Stella y Guido Lacorazza Stella, los cuales montan a la suma de $ 7.000.00 a Vicente Lacorazza como aporte, y $ 6.000.00 a Guido Lacorazza, como aporte...".

h) Oficio de "Peletería Alberto", (f. 119, ib.):

Da cuenta esta comunicación que se ordenó "la congelación de todos los intereses de sus socios Guido Lacorazza Stella, los cuales montan a la suma de $ 20.000.00 por aporte...".

i) Oficio de "Lacorazza & Cía. Ltda.", (f. 120 ib.):

Refieren al instructor que se dispuso la "congelación de todos los intereses de sus socios Vicente Lacorazza Stella, los cuales montan a la suma de $ 135.000.00 como aporte, y $ 90.000.00, crédito a favor...".

j) Oficio de "Lacorazza Stella & Cía. Ltda.", (f. 121 ib.):

Informan que se ordenó "la congelación de todos los intereses de sus socios Vicente Lacorazza Stella y Hugo Lacorazza Stella, los cuales montan a la suma de $ 40.500.00 a Vicente Lacorazza como aporte, y $ 40.500.00 a Hugo Lacorazza, como aporte..."

k) Constancia de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, (fs. 138 y 138 v.):

Se dice por esta oficina, en respuesta a un memorial del señor Guido Lacorazza Stella, lo siguiente:

"Por regla general los diversos jueces en lo penal han acostumbrado a disponer, como medida preventiva, para asegurar la indemnización de perjuicios a cargo de los sindicados, la abstención o prohibición de registrar los actos o documentos que tiendan a transferir los bienes inmuebles de tales sindicados y por escrito han impartido las órdenes correspondientes, a los Registradores. Durante muchos años estas órdenes se han inscrito en el libro de Demandas, de la Oficina de Registro de Bogotá, sin que se tenga conocimiento de glosa especial por esta actuación.

"En el caso presente, la orden de abstención de registros contra los señores Lacorazza Stella se inscribió el 6 de agosto último y se encuentra vigente. El Registrador no se considera autorizado para cancelarla, pues para ello, como para cualquier otra cancelación, se requiere la respectiva comunicación del mismo Tribunal que así lo disponga expresamente.

"El registrador estima que las razones que se expresan en este memorial deben expresarse ante el honorable Tribunal, a fin de que decrete lo conducente.

"A estas prohibiciones o abstenciones de registro, los jueces no le han dado propiamente el carácter de embargos concretos de bienes y por ello los oficios en que se comunican nunca han expresado la ubicación, número y linderos de las fincas, sino el de medidas preventivas mientras se denuncian concretamente los bienes, como en opinión de muchos, se desprende del texto del inciso 2º del artículo 128 del Código de Procedimiento Penal".

l) Oficio del Banco Comercial Antioqueño, (f. 179 ib.):

Dicen al instructor que "en contestación a su oficio sin número, del 25 del mes pasado, nos permitimos informarle que la congelación ordenada por el Tribunal Superior de Bogotá en las circulares Nos. 5 y 6, de agosto de 1959, produjeron para los señores Lacorazza Stella y las firmas mencionadas la reducción de su crédito, puesto que no nos fue posible efectuar una hipoteca sobre un lote de propiedad del señor Guido Lacorazza, ya que en la Registraduría de Instrumentos Públicos y Privados se negaron a efectuar el correspondiente registro, debido a órdenes en oficios que recibieron del Tribunal Superior..."

ll) Oficio de la Secretaría de Tránsito y Transportes de Bogotá, (f. 188 ib.):

Se dice al investigador que "el vehículo de placas D-27522, que figura a nombre del señor Vicente Lacorazza Stella, tiene tanto en el libro de registro de matrícula, como en la documentación que sirvió para tal registro, la constancia de que sobre él no se puede hacer ningún traspaso, cancelación, cambio de servicio, etc., por estar congelada su propiedad, conforme a las órdenes impartidas por ese despacho y al auto proferido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá..."

Y en comunicación del f. 213, informa la misma Secretaría de Tránsito y Transportes de Bogotá que "el vehículo de placas D-22667..." tiene... "en la matrícula correspondiente... una anotación de que este vehículo no puede sufrir ninguna modificación de propietario, por tener una investigación pendiente en ese despacho..."

m) Oficio de la Cámara de Comercio de Bogotá, (f. 246 ib.):

Se informa al instructor que "...el oficio Nº 5, fechado el 5 de agosto de 1959 y dirigido por el Tribunal Superior de Bogotá a la Cámara de Comercio de esta ciudad, fue registrado el mismo día de su recibo, o sea el 6 de los mismos mes y año, bajo el número 43.880 y a la página 697 del libro respectivo, exclusivamente en lo relativo a las sociedades 'Stella Ltda.', 'Stella & Stella Ltda.', 'Stella Hermanos & Cía Ltda.', 'Lacorazza & Cía. Ltda.' y 'Lacorazza Stella & Cía. Ltda.'. La firma 'Lacorazza Hermanos & Cía. Ltda.' no apareció registrada como sociedad vigente..."

n) Certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, (f. 243 y 244 ib.):

Según el cual el señor Guido Lacorazza Stella es dueño de un lote situado en la calle 22 de Bogotá y distinguido con los números 5-51 y 5-55, respecto del cual existe "la prohibición

ordenada por el Magistrado (sic) del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, según oficio Nº 5 de 5 de agosto de 1959, registrada en el Libro de Demandas el 6 de agosto del mismo año, bajo el Nº 75, f. 137, contra Guido Lacorazza Stella y otros...".

10º Copias expedidas por la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá, (fs. 21 a 52 del Cdno. 1º):

Obran en el informativo las siguientes copias:

a) Del auto de 4 de agosto de 1959, del citado Tribunal.

En esta providencia, luego del examen de los elementos de convicción allegados al proceso seguido contra el señor Hugo Lacorazza Stella con aplicación del trámite ordenado en el Decreto 014 de 1955, a fin de revisar por vía de consulta el fallo absolutorio proferido en favor del nombrado por el Juez 8º Superior de Bogotá, el Tribunal Superior de esta ciudad dispuso:

Primero. "Decretar la nulidad de todo lo actuado desde el auto de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, exclusive, en adelante, para los fines anotados en la parte motiva de esta providencia. Segundo. Revocar el auto de nueve de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, con el fin de que pueda efectuarse una investigación total de los hechos. Tercero. Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que se abstenga de registrar cualquier venta de acciones que hagan los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza, en las sociedades Stella Limitada, Stella & Stella Limitada, Almacén Stella y Stella Hermanos & Compañía Limitada, lo mismo que la venta de cualesquiera otras acciones de los expresados señores en otras sociedades o empresas; oficiar igualmente al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados para que se abstenga de registrar cualquiera escritura o documento de enajenación de bienes muebles o inmuebles, acciones, etc., que hagan los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella; y solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores que se abstenga de conceder permisos o pasaportes a los mencionados señores Lacorazza Stella. La congelación debe comunicarse también a todas las entidades respectivas. Notifíquese, cópiese y devuélvase (firmados), Guillermo Moncayo. Carlos Price Gutiérrez. Alberto Quintero Delgado. Luis M. Fernández, Secretario".

Se expresa, asimismo, en este proveído lo que pasa a transcribirse:

"De la simple enumeración de todos los anteriores elementos de juicio, inclusive la indagatoria de Hugo Lacorazza Stella, se deduce, sin lugar a dudas, lo siguiente:

a) "La señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni era legítima propietaria de 200 acciones, por un valor de $ 200.000.00, o sea el 50% del capital en la sociedad de responsabilidad limitada, bajo la denominación de Stella Limitada, en 1955, con el mismo capital social y con idéntico aporte de la señora de Giunzzioni. Además, ésta era socia de Stella & Limitada, y Stella Hermanos & Compañía Ltda., en la primera, con un aporte de $ 7.000.00 y en la segunda de $ 18.500.00.

b) "Como la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni residía en Italia, la administración de aquellos bienes la confió al señor Hugo Lacorazza Stella, desde 1950, otorgándole desde aquel país poder general para ese objetivo. Hugo Lacorazza Stella tenía apenas 25 acciones de Stella Limitada y un aporte también muy pequeño de Stella Hermanos & Co. Ltda.

c) "En 1955 los hermanos Lacorazza Stella resolvieron transformar las sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada, según se ha visto.

d) "El hecho anterior provocó la violenta protesta del señor Carmelo Stella, socio fundador de la casa Stella en Colombia, y residente en Italia por motivos de salud. Con esa protesta ante los hermanos Hugo, Vicente y Guido Lacorazza, don Carmelo les notificó que no podían bajo ningún aspecto abusar de los derechos de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, ni de los suyos, definiendo claramente la posición de esta señora, como verdadera, legítima y única propietaria de las acciones en las sociedades Stella de Bogotá.

e) "No obstante, los hermanos Lacorazza Stella, particularmente Hugo, mantenían a oscuras a la señora Zenaide respecto de sus intereses en las sociedades citadas, hasta el punto de que ésta tuvo que enviarles la carta de 13 de agosto de 1957, desde Rivalda (Italia), reclamándoles por tal conducta, pidiéndoles urgentemente determinados datos, previniéndoles que si hasta el 5 de septiembre no los recibe confiará sus intereses a un abogado de América, y prohibiéndoles en forma terminante que se valgan de su poder, el cual intenta revocar en defensa de sus derechos.

f) "Como respuesta a esa carta, Hugo Lacorazza Stella vendió todas las acciones de su poderdante, señora Zenaide Mareggini de Giun-

zzioni, en las sociedades Stella de Bogotá, a los hermanos de aquél, Vicente y Guido, sin el conocimiento ni el consentimiento de la poderdante, sino contra expresa prohibición de ésta y sin llenar el requisito previsto por la cláusula 13 de la escritura de constitución de la sociedad Stella Limitada, es decir, 'dirigir carta al Gerente comunicando su deseo de vender, con expresión de las condiciones de precio y forma de pago', por parte del 'socio que quiera vender la totalidad o parte de sus derechos'.

g) "En esta forma, la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni perdió la totalidad de sus acciones en las sociedades Stella, por obra y gracia de su propio apoderado general Hugo Lacorazza, encargado de administrar sus bienes en Colombia, y en notoria combinación con sus hermanos Vicente y Guido, presuntos compradores de las mismas.

h) "Según propia confesión de Hugo Lacorazza Stella, 'resolví vender la totalidad de las acciones para saldar mis deudas', explicando que para poder hacer anteriores remesas tuvo que acudir a bienes de su propiedad, de su mamá y de la sociedad.

i) "En consecuencia, la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, no recibió ni un solo centavo del producto de la venta abusiva, que de sus acciones hizo su 'apoderado general' Hugo Lacorazza Stella a sus propios hermanos, producto que ascendió a la suma de trescientos mil quinientos pesos ($ 300.500.00). Según la confesión libre y espontánea de Hugo Lacorazza Stella, resolvió vender la totalidad de las acciones de la señora Zenaide para saldar sus deudas, a raíz de la muerte del señor Carmelo Stella, a quien había hecho antes varias remesas por el mismo concepto...

j) "Por consiguiente, ante esa confesión del sindicado, resulta sin valor cualquiera conclusión diferente. Vendió las acciones de su poderdante para saldar deudas que había adquirido 'para enviarle dinero a don Carmelo'.

k) "Hugo Lacorazza Stella y su hermano Vicente tratan de suministrar un valioso elemento de juicio, al afirmar que no consideraban a la señora Zenaide Mareggini como socia efectiva, sino que moralmente lo era don Carmelo Stella, como para justificar el despojo que le hicieron de la totalidad de sus acciones, algo así como una expulsión de la sociedad, cuando ya no tenía la protección franca del fundador de la misma, señor Carmelo Stella, por cuanto había muerto, desencadenando la ambición de sus sobrinos para apoderarse de las acciones de una mujer ausente y desamparada. De modo que esa especie de justificación, resulta la confesión subconsciente y clara de los motivos determinantes de la actividad sicofísica de los hermanos Lacorazza Stella, al ejecutar una maniobra tan repulsiva como ilícita.

"Con los anteriores hechos...", se pregunta en seguida el Tribunal..., "que se encuentran probados, ¿se cometió algún ilícito penal?

"El Juzgado de Instrucción y el Juzgado del conocimiento, estiman que no se ha cometido ningún delito, porque el concepto de los peritos es terminante. No examinaron en ninguna forma la realidad procesal, con base en los elementos probatorios expuestos oportunamente, pues se reducen al simple planteamiento de que el apoderado general vendió las acciones de la poderdante, cuyo valor aparece en la contabilidad de la sociedad entregado a aquél para remesar a ésta, por lo cual no hay apropiación o uso indebido de una cosa mueble entregada por un título no traslaticio de dominio. Ni siquiera se tuvo en cuenta la enfática confesión de Hugo Lacorazza, tantas veces citada, de que vendió las acciones de la poderdante para pagar las deudas del apoderado. Tampoco se examinó ninguno de los valiosos elementos de prueba, como la rotunda prohibición de la poderdante al apoderado para vender sus acciones, ni la omisión del requisito de la carta autorizando al Gerente para venderlas, ni nada.

"Sin embargo, la realidad de los hechos es completamente distinta: Hugo Lacorazza Stella, como apoderado general de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, después de recibir de ésta una carta por medio de la cual le notifica no valerse de su poder, con la clara y manifiesta intención de revocarlo, precisamente vendió todas las acciones de su poderdante en las sociedades Stella de Bogotá, en favor de sus propios hermanos Vicente y Guido, pero ni siquiera para remesar o entregar el valor de las mismas a su legítima y exclusiva dueña, sino para apoderarse de sus intereses, para expulsarla de las sociedades o para saldar las deudas del apoderado. ¿Sería concebible que un hecho tan manifiestamente inmoral e injusto pudiera tener justificación legal? ¿Podría sostenerse, sin rubor, que un apoderado general, es decir, la persona a quien más confianza se otorga, pudiese legalmente no solo incumplir las instrucciones y prohibiciones de su mandante, sino valerse del poder mismo para apoderarse de los bienes de éste, so pretexto de saldar sus deudas particulares?

"En el caso de estudio, según prueba agobiadora por su número y calidad, Hugo Lacorazza Stella se apropió en provecho suyo o de terceros, o de todos los socios de la totalidad de las acciones que tenía la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni en Stella Limitada y otras, y que se le habían confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio; o el mismo Lacorazza Stella hizo uso indebido de esas acciones, ambos extremos configurativos de un clásico delito de abuso de confianza, según el artículo 412 del Código Penal.

"En consecuencia, los señores jueces de instancia incurrieron en craso error al justificar la conducta del sindicado Hugo Lacorazza Stella, con grave perjuicio de la señora denunciante, que había acudido en demanda de justicia, como sujeto pasivo de la apropiación de sus bienes por parte del administrador de los mismos. Y ese perjuicio resulta más grave y notorio, porque ni siquiera se tomaron o sostuvieron las medidas precautelativas indicadas por el Código de Procedimiento Penal, como la detención preventiva del sindicado, y el embargo y secuestro de sus bienes, para asegurar la represión del delito y la indemnización de los perjuicios causados con el mismo.

"Es de advertir que el sindicado Hugo Lacorazza Stella dijo en su indagatoria que tenía comprobantes de las remesas hechas a su poderdante, por cuyo motivo el apoderado de la parte civil en este proceso, al f. 165, dentro del término probatorio, solicitó *'que se obligue al sindicado a presentar ante su despacho todos los comprobantes que dice tener demostrativos de las remesas de dineros enviadas a mi representada y de los préstamos a que se refiere en su indagatoria. También deben ser agregados al expediente los comprobantes de caja y demás documentos a que hacen alusión los peritos en sus dictámenes'* ", (subrayó el Tribunal).

"La anterior solicitud fue atendida, por auto de 2 de febrero de 1959 (Juzgado 5º de Instrucción Criminal), que dispuso: *'Requiérase al sindicado Lacorazza Stella, para que presente los documentos y demás a que hace alusión el señor apoderado de la parte civil en su anterior memorial'* ", (subrayó el Tribunal).

"Sin embargo, el sindicado no fue notificado de tal requerimiento, no presentó las cuentas, recibos y documentos ofrecidos, y así pasó el proceso al juez de la causa para fallo definitivo.

"Esa falta de notificación total al sindicado de una prueba que puede ser fundamental para su defensa, constituye una nulidad procedimental al tenor de lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, y también una nulidad constitucional, porque no se podría dictar sentencia condenatoria sin haberlo oído, ni vencido en juicio. Interponiéndose esa nulidad, la Sala no puede anticipar ningún concepto para el caso de una sentencia condenatoria, como es apenas obvio.

"De tal manera que la actuación debe retrotraerse a la notificación personal del sindicado, del auto de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, f. 165 vto., con el fin de que presente los documentos que ofreció presentar en su indagatoria, advirtiendo con toda claridad que la justicia exige los comprobantes que justifiquen el envío o entrega de los $ 300.500.00 a la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, por parte de su apoderado general Hugo Lacorazza Stella, con posterioridad a la venta de las acciones de aquélla. Es decir, la entrega del dinero que él recibió como producto de las ventas de las acciones de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, a su legítima dueña, que no es otra que ésta, como aparece plenamente comprobado en el proceso.

"Pero sucede también que en el proceso existen indicios demasiado elocuentes respecto de la cooperación de los señores Vicente y Guido Lacorazza Stella en la maniobra ejecutada por Hugo Lacorazza Stella, para despojar a la señora Zenaide Mareggini de sus legítimos derechos en las sociedades Stella de Bogotá. En efecto: no solo aparece la carta dirigida a todos ellos desde Itália por el señor Carmelo Stella, increpando su conducta en relación con los intereses de aquella señora, sino que por ninguna parte aparece carta o autorización de ésta, dirigida al Gerente, que lo era el señor Vicente Lacorazza Stella, expresando su voluntad de vender la totalidad o parte de sus derechos 'con expresión de las condiciones de precio y forma de pago', requisito indispensable para efectuar cualquier venta de acciones, según disposición terminante de la constitución de la sociedad Stella Limitada, en el artículo 13 de la respectiva escritura, ya conocida de autos. Y ocurre que esa expresa y necesaria autorización nunca la dio la señora Zenaide, sino que precisamente prohibió a su apoderado general valerse del poder a él conferido. Por otra parte, el señor Vicente Lacorazza Stella, que como Gerente de la sociedad debió exigir la autorización de la señora Zenaide para poder vender sus acciones, no solo pasó por alto ese requisito, sino que procedió a comprar, o a figurar como comprador de aquellos derechos, conducta realmente inexplicable

en un Gerente que debe velar por los intereses de todos los socios. Y por último, tanto Hugo como Vicente Lacorazza Stella, han afirmado que a la señora Zenaide no la consideraban como socia efectiva, flagrante desconocimiento de la verdad procesal, porque ella tiene legítimos títulos que ellos mismos reconocen, actitud que denota el propósito de apoderarse de las acciones de esa señora, y que constituye un ilícito que traspasa los límites de la ilicitud civil para invadir categóricamente el campo penal.

"En consecuencia, hay motivos suficientes para oír en indagatoria a los señores Vicente y Guido Lacorazza Stella dentro de este proceso. Para ello, habría un obstáculo procesal, que consiste en el auto de nueve de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, dictado por el Juzgado 5º de Instrucción Criminal, por medio del cual se abrió a pruebas el negocio, sin dictar auto de detención. Pero como no se investigó penalmente la conducta de todas las personas que pueden haber participado en alguna forma en los hechos denunciados, debe revocarse aquel auto con el objeto de que el juez respectivo tenga amplitud suficiente para una investigación integral, y pueda luego definir la situación de los sindicados, de acuerdo con ella y con los elementos probatorios enumerados y analizados en este auto, por cuanto quedan vigentes en este proceso, como puede observarse. Además, si de conformidad con el artículo 68 del Decreto 014 de 1955, es posible revocar la detención preventiva antes de dictar sentencia de primera instancia, cuando se desvirtuare la prueba que se tuvo en cuenta para tomar tal medida, no se ve por qué pueda haber imposibilidad legal para decretarla cuandoquiera que se cumplan los requisitos previstos por el artículo 55 ibídem. En ambos casos se procedería con legalidad y justicia.

"Mientras tanto, como elementales medidas de prudencia para que la justicia no sea burlada, así como para proteger de manera efectiva los derechos de la parte civil, deben congelarse las acciones y derechos que figuren en nombre de Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, en las sociedades Stella Limitada; Stella & Stella Ltda.; Almacén Stella; y Stella Hermanos & Compañía Ltda.; así como todos los haberes y bienes muebles e inmuebles de los mismos, por distintos conceptos. También se solicitará a las autoridades correspondientes, que se abstengan de autorizar y conceder permisos o pasaportes a Hugo, Vicente y Guido Lacorazza, para salir del país".

b) Auto del Tribunal Superior de Bogotá, de 13 de agosto de 1959.

Se dice en esta providencia:

"El doctor Alvaro Leuro, en su carácter de apoderado del señor Hugo Lacorazza Stella, solicita se aclare el auto de cuatro de agosto del presente año, en cuanto a la orden de congelación de las acciones y bienes de los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, pues al comunicarla se ha hecho extensiva a las cuentas corrientes o depósitos que tales señores puedan tener en los bancos; a sus acciones en otras sociedades, etc., lo cual no está previsto en el mencionado auto.

"Se considera:

"En ningún lugar, en la parte motiva del mencionado auto se dijo que deben congelarse no solo las acciones y derechos de los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, en las sociedades Stella Limitada, Stella & Stella Ltda.; Almacén Stella y Stella Hermanos & Co. Ltda., sino 'todos los haberes y bienes muebles e inmuebles de los mismos por distintos conceptos', y en la parte resolutiva se ordenó que 'la congelación debe comunicarse a todas las entidades respectivas'.

"Las cuentas bancarias, depósitos, acciones en otras sociedades, etc., de los señores Lacorazza Stella, quedan perfectamente comprendidos en la denominación general de 'todos los haberes y bienes muebles e inmuebles de los mismos por distintos conceptos'; de modo que la congelación decretada debía comunicarse a las entidades respectivas: bancos, sociedades, etc.

"En segundo lugar, por virtud del auto citado, este proceso regresó a la etapa sumarial, por cuyo motivo pueden y deben tomarse todas las medidas precautelativas del caso, inclusive solo por el ponente, para asegurar la acción de la justicia, mientras el negocio se encuentre en el Tribunal. (Notifíquese. (Fdos.), Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez, Alberto Quintero Delgado. Luis M. Fernández C., Secretario".

c) Concepto del Fiscal 3º del Tribunal Superior de Bogotá, de 5 de septiembre de 1959.

Entre otras cosas, dice el Ministerio Público en este concepto, lo siguiente:

"Respecto a las medidas preventivas tomadas por esa honorable Corporación y que luego fueron aclaradas, y conforme a las cuales se 'congelan' bienes de propiedad tanto del sindicado como de sus hermanos Vicente y Guido, sin que estos últimos tengan siquiera el carác-

ter de sindicados, hoy por hoy, dentro de la investigación, se advierte, que la 'congelación' en el fondo viene a ser un embargo, arts. 128 y 129 del Código de Procedimiento Penal, salvo que el honorable Tribunal en este caso especial, no lo hubiera interpretado así, y entonces sería conveniente su aclaración en la providencia que resuelva la reposición. Atentamente. (Fdo.), Nicolás Llinás Pimienta...".

d) Oficios:

Aparecen las siguientes copias:

Circular Nº 5, a los gerentes de los bancos de la ciudad, comunicando la "congelación" ordenada.

Oficio al Jefe del Servicio de Inteligencia Colombiano, dando aviso de lo solicitado al Ministerio de Relaciones Exteriores respecto de "las medidas pertinentes a efecto de que no se conceda pasaporte, permiso, licencia, etc., a los señores Hugo Lacorazza Stella, Vicente Lacorazza Stella y Guido Lacorazza Stella, para salir del país..."

Circular a los presidentes de los clubes sociales de la ciudad, dando cuenta de la "congelación" dispuesta.

Circular a los gerentes de sociedades mercantiles, informando sobre la citada "congelación".

Oficio al presidente de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el mismo particular.

Oficio al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, dándole cuenta de la "congelación" de los bienes de los hermanos Lacorazza Stella.

Oficio al señor Ministro de Relaciones Exteriores, a fin de que "tome las medidas pertinentes a efecto de que no se conceda pasaporte, permiso, licencia, etc., a los señores..." Lacorazza Stella, varias veces citados... "para salir del país".

Oficio al señor Gerente del Hipódromo de Techo, dándole cuenta de la misma "congelación".

Oficio al presidente del Centro Italiano de Bogotá, informándolo de la "congelación" ordenada.

Oficio al Gerente de la Asociación Colombiana de Criadores de Caballos de Pura Sangre Inglesa, comunicándole la susodicha "congelación".

Oficio al Secretario de Circulación y Tránsito de Bogotá, poniendo en su conocimiento la "congelación" de los bienes de los hermanos Lacorazza Stella.

Igualmente aparecen las copias de oficios y circulares aclaratorias sobre el alcance de la "congelación" dispuesta, en cuanto solo se refiere a los bienes de los hermanos Lacorazza Stella.

11º Oficio del Director Adjunto de Asuntos Consulares, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En comunicación de 25 de mayo de 1960 se da cuenta al instructor de este proceso que "se han impartido las órdenes del caso para impedir que el Ministerio expida cualquier documento que autorice la salida de los..." señores Vicente, Guido y Hugo Lacorazza Stella, "con base en una circular firmada por el Magistrado doctor Guillermo Moncayo..."

Declaraciones de inquirir de los doctores Guillermo Moncayo, Alberto Quintero Delgado y Carlos Price Gutiérrez.

Oídos en declaración de inquirir los doctores Moncayo, Quintero Delgado y Price Gutiérrez, dicen, en su orden, lo siguiente:

1º Exposición del doctor Guillermo Moncayo, (fs. 128 a 135 y 369 a 373 del Cd. Nº 2):

"...el señor Fiscal devolvió el negocio..." (se refiere al proceso seguido contra Hugo Lacorazza Stella, por abuso de confianza)..., "con un concepto, por medio del cual solicitó que se declarara una nulidad de carácter constitucional, porque no se había notificado personalmente un auto del Juzgado de primera instancia, requiriendo al señor Lacorazza Stella para que presentara algunos documentos y pruebas que afirmó tener como descargos en ese negocio. Yo estudié con mucho detenimiento y atención este asunto, y cité a mis compañeros de la Sala de decisión, doctores Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado, para analizar el problema sometido a nuestro estudio y decisión. En este mismo despacho se verificaron varias sesiones al respecto, al cabo de las cuales la Sala resolvió dictar el autó de cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve... Posteriormente el señor apoderado de Hugo Lacorazza Stella solicitó reposición del auto de cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, recurso que se tramitó en forma legal, y cuando la Sala se disponía a resolver ese recurso, el mismo apoderado presentó un memorial recusando a todos sus miembros, con base en la causal cuarta del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso. La Sala estudió detenidamente la causal expuesta, y como la encontrara sin fundamento de ninguna clase, no la aceptó, y ordenó remitir el expediente a la honorable Corte Suprema de Jus-

ticia, para los efectos legales. En la Corte el señor apoderado de Hugo Lacorazza Stella denunció criminalmente a los Magistrados que habían suscrito el auto de cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, por el hipotético delito de abuso de autoridad; a la vez, con fundamento en tal denuncia, presentó como nueva causal de recusación la prevista por el numeral 1º del artículo 73 ib.... ''

Agrega que ''la nulidad decretada tiene por objeto garantizar el derecho de defensa del sindicado; la vinculación de otras personas a este negocio está dicientemente explicada en el mencionado auto, y las medidas precautelativas ya citadas tenía que tomarlas el Tribunal como funcionario de instrucción, pues según jurisprudencia constante y abundante de la honorable Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales del país, son funcionarios de instrucción los comprendidos en el artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales se encuentra la misma Corte y los Tribunales. En cuanto a la congelación de las acciones y bienes en general de los sindicados, esa medida se tomó con el fin de garantizar los derechos de la parte civil, al respecto de 'congelación', la Sala creyó prudente no dictar las medidas indicadas por el artículo 128 del mismo código, sino una medida que para estos casos la aplican todos los funcionarios de instrucción, mientras se hace luz completa en la investigación respectiva. Recuerdo que cuando se abrió una investigación criminal para averiguar algunos hechos denunciados en relación con el sorteo del premio mayor del 'Extra Ciudad de Pasto', el doctor Humberto Barrera Domínguez...'' (sic)... ''quien ejercía, entonces, el cargo de juez de instrucción criminal... ordenó...'' (sic)... ''la congelación del premio mayor sin dictar auto de detención contra los sindicados a quien yo apoderaba. Posteriormente han ocurrido multitud de casos similares, y entre los más recientes recuerdo la congelación de un premio de cinco y seis, jugado en el Hipódromo de Techo. En cuanto a la revocatoria del auto, por medio del cual el juzgado de instrucción abrió a prueba el negocio, tuvo que hacerse con el fin de no dividir la continencia de la causa, pues, como es bien sabido, los delitos conexos, deben investigarse y fallarse en un mismo proceso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, y así lo ha resuelto en varios casos este Tribunal, pues, se repite, tiene todas las atribuciones de funcionario de instrucción, inclusive ha llegado a dictar el auto de detención previsto por el Decreto 014 de 1955, en su artículo 60. Además, si el mismo decreto, en su artículo 68, faculta al funcionario de instrucción para revocar el auto de detención preventiva, cuando se desvirtúa la prueba respectiva, puede y debe el mismo funcionario proceder a dictar auto de detención preventiva cuando se reúnen los requisitos previstos por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, disposición general de imperiosa aplicación, que quedó vigente, como las demás del mismo código que no se opongan al procedimiento del mencionado decreto 014, el cual, como les consta a todos los funcionarios de la justicia y a los abogados, es un esperpento jurídico, que se ha tratado de obviar mediante la jurisprudencia y aplicación de las reglas generales del derecho, y por medio de varios proyectos que en la actualidad cursan en el Congreso para obviar definitivamente tales deficiencias. Por todo lo que acabo de exponer, la denuncia criminal conocida constituye una flagrante imputación falsa contra los encargados de administrar rectamente la justicia, y una notoria falta contra la ética profesional a cargo del abogado que empleó tan incalificable medida. Por esto, protesto y una y mil veces protestaré durante todo el resto de mi vida, por la injusticia que se ha cometido al denunciarnos sin fundamento de ninguna clase. A la vez, desde este momento, pido con todo respeto a la honorable Corte Suprema de Justicia, por el digno conducto del señor juez que me interroga, que al finalizar este proceso, que no puede ser sino mediante la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, reconozca en su sabiduría, ilustración y justicia, la falsedad de las imputaciones, y ordene oficiosamente abrir investigación por tal ilícito. Por otra parte, oportunamente solicitaré a la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá, que aplique las sanciones respectivas al responsable de faltas contra la ética profesional de abogado. A pesar de que la justicia colombiana ha sido escarnecida y calumniada, tengo profunda y absoluta fe en ella, máxime en este caso concreto, cuya decisión se encuentra en manos de los ilustres jurisconsultos del país, como son los honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de mi patria. Termino esta exposición dejando constancia de que por arte de magia se han invertido los papeles, pues los Magistrados que administran justicia han sido colocados en el banquillo de los acusados, mientras los sindicados de un delito se han convertido en sus gratuitos acusadores...''

En la ampliación de su indagatoria, refirién-

dose al concepto de los peritos Francisco Barón y José Vicente Leal, observa:

a) Que anota una contradicción entre los puntos 13 y 14 del informe de dichos peritos, pues la realidad es que "tanto la señora Zenaide de Giunzzioni, desde Italia, por diferentes cartas, y luego su apoderado Teófilo Giunzzioni, en Colombia, requirió..." (sic)... "varias veces al señor Hugo Lacorazza Stella, para que le rindiese cuentas de su administración, y le pagara o entregara el valor de sus acciones en las sociedades Stella & Cía., vendidas por su apoderado Hugo Lacorazza, contra expresa prohibición de su dueña, sin haber obtenido la referida entrega...".

b) Que "en cuanto a los puntos 27 y 28..." del mismo informe pericial..., "la realidad es que el señor Hugo Lacorazza Stella, como sindicado en el sumario por abuso de confianza, o su apoderado, estuvieron en capacidad de conocer a ciencia cierta todos los documentos que se presentaron en el Tribunal Superior, hecho plenamente confirmado por los señores peritos en el punto 54...".

c) Que "en cuanto a los puntos 32, 33, 34 y 35, tengo que manifestar que de conformidad con el auto de 4 de agosto de 1959, se decretó la congelación o secuestro de 'las acciones y derechos que figuren en nombre de Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella, en las sociedades Stella Limitada, Stella y Stella Limitada, Almacén Stella y Stella Hermanos & Cía. Ltda., *así como todos los haberes y bienes muebles e inmuebles de los mismos por distintos conceptos,* cuya *congelación debe comunicarse también a todas las entidades respectivas*'..." (está subrayado en el texto)... "Esta orden quedó perfectamente aclarada por auto de 13 de agosto de 1959, cuya copia solicito que se agregue a este sumario. Según este auto 'las cuentas bancarias, depósitos, acciones en otras sociedades, etc., de los señores Lacorazza Stella, quedan completamente comprendidos en la denominación general de 'todos los haberes y bienes muebles e inmuebles de los mismos por distintos conceptos'; de modo que la congelación decretada debía comunicarse a las entidades respectivas: bancos, sociedades, etc., y el mismo auto de la Sala de Decisión dispuso que por haber regresado el sumario a la etapa sumaria, pueden y deben tomarse todas las medidas precautelativas del caso, inclusive solo por el ponente, para asegurar la acción de la justicia, mientras el negocio se encuentre en el Tribunal. De tal manera que de conformidad con los autos citados, el ponente tenía la obligación de comunicar la orden expresada a todas las entidades respectivas, por cuya razón sí corresponden los oficios librados por el Tribunal a la parte resolutiva del primer auto. En relación con los puntos 36 y 37, de que la parte civil no denunció bienes, ni pidió embargo y secuestro preventivo de los mismos, ni otorgó caución, aunque es una cuestión demasiado elemental, me permito advertir que el embargo y secuestro puede dictarse de oficio o a solicitud del agente del Ministerio Público y de la parte civil, de acuerdo con los artículos 128 y 131 del Código de Procedimiento Penal. Lo primero, cuando el funcionario conoce los bienes que se van a embargar y secuestrar, y lo segundo, cuando no se conocen, como expresamente lo dice el artículo primeramente citado. En el caso en estudio, no había ninguna necesidad de que la parte civil denunciara bienes del sindicado, ni que pidiera su embargo y secuestro, ni que otorgara caución, porque tales bienos son perfectamente conocidos en el sumario, como que se trata precisamente de las acciones y derechos de la señora de Giunzzioni, vendidos por su apoderado, sin autorización ninguna a sus hermanos Vicente y Guido, es decir, se trata precisamente de la materia del delito, de efectos provenientes de la comisión del delito, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, deben secuestrarse".

d) Que "en cuanto al punto 40, basta ver las respuestas de las diversas entidades, a los oficios dirigidos a ellas, para cerciorarse de que la casi totalidad no surtió ningún efecto".

e) Que "en cuanto al avalúo de los perjuicios, solicitados por nuestros gratuitos denunciantes, no deja de ser un sarcasmo, una burla a la justicia, que los sindicados por delitos contra la propiedad, pretendan hacer avaluar los perjuicios sufridos por no haber podido apropiarse o sustraerse bienes ajenos..."

f) Que, "por último, en cuanto al concepto pericial firmado por los señores Felipe S. Morales y Pablo E. Raymond, rendido el 25 de agosto de 1958, me permito llamar respetuosamente la atención de que en el mismo concepto o en su ampliación, los mismos peritos advierten que no encontraron comprobantes para justificar las partidas que allí figuran, y que en tales partidas figura, por lo menos, el nombre de una persona que ni siquiera existe, como es MATEO MINERVINO, quien no fue hallado en el archivo alfabético de extranjeros, e inclusive el mismo Hugo Lacorazza ha manifestado no conocerlo..."

2º Exposición del doctor Carlos Price Gutiérrez, (fs. 175 a 177 del Cd. Nº 2):

Dice el doctor Price Gutiérrez, respecto de los cargos que le fueron hechos, que "dado lo complejo del negocio..." (el proceso penal seguido a Hugo Lacorazza Stella, por abuso de confianza, ya referido)... "fuimos citados por" el Magistrado doctor Guillermo Moncayo, junto con el doctor Quintero Delgado, al despacho de aquél; "en dos o tres reuniones se discutió y analizó a espacio el problema que ese negocio presentaba, para llegar a la conclusión del fallo que quedó concertado en la providencia del 4 de agosto del año próximo pasado..."

Agrega que "esta resolución de la Sala de Decisión no fue aceptada por los señores Lacorazza, quienes en la oportunidad debida interpusieron contra ella el recurso de reposición, evitando, así, que aquélla causara ejecutoria. En la tramitación de este recurso fue sorprendida la Sala con dos acusaciones o recursos dilatorios del proceso que, en consulta de una sentencia absolutoria, acababa de fallar. Estos hechos son los siguientes: una acusación ante la honorable Corte Suprema de Justicia, por un delito de abuso de autoridad y una recusación como consecuencia de la anterior. El primero fue resuelto por la Sala Plena de la Corte, por auto del treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, por el cual aquella alta Corporación, al encontrar lo infundado y temerario de los cargos, se abstuvo de abrir investigación contra nosotros. No contentos con esto, los señores Lacorazza resolvieron instaurar una nueva acusación por los mismos hechos y por los mismos delitos ante la entidad que ya los había fallado" (sic) denuncia segunda que, en forma que no me explico ni alcanzo a comprender, se le dio curso legal y que es la causa y motivo por el cual se me recibe esta declaración sin juramento y asistido por un apoderado. Y sea este el momento de dejar una enérgica manifestación de protesta por este hecho insólito de que se acepte una nueva acusación sobre hechos ya definidos y fallados..." (sic) "en Sala Plena..." (sic) por la Corte, ya que ello sienta un gravísimo precedente y es el primer caso que conozco de que a un magistrado, por el hecho de cumplir con su deber, se le acuse ante sus superiores, sin otro fin, en su opinión, que el de entorpecer la administración de justicia. El segundo hecho, o sea el que hace referencia a la recusación de que se hizo objeto a la Sala para seguir conociendo del negocio contra los señores Lacorazza, fue fallado a favor de la Sala por la honorable Corte, en fallo reciente, cuya fecha no preciso... Considero que, dado lo infundado y temerario de la acción iniciada contra nosotros y sobre la cual ya se había pronunciado la honorable Corte, que a este proceso debe dársele fin con la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, como desde ahora lo solicito al honorable Magistrado que conoce de este expediente..." Agrega que "las razones que se tuvo para proferir el auto de fecha 4 de agosto del año próximo pasado, están claras y expresamente determinadas en la precitada providencia y a ellas me remito y fueron el fruto, como ya se dijo, de un detenido estudio y análisis del proceso a que ellas se refieren. A ello nada tengo que agregar".

3º Exposición del doctor Alberto Quintero Delgado, (fs. 171 a 173, del Cd. Nº 2):

Dice que "a la Sala de Decisión a que me he referido anteriormente y en la que es ponente, repito, el doctor Guillermo Moncayo, correspondió previo reparto y demás formalidades legales, revisar una sentencia proveniente de un Juzgado Superior, por medio de la cual se absolvía al señor Hugo Lacorazza por el delito de abuso de confianza, que se le había imputado. De dicha providencia apeló el señor apoderado de la parte civil y el señor Fiscal de la Corporación, en su concepto facultativo pero proferido a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, solicitó se decretara la nulidad de lo actuado, en la forma contenida en la pregunta que se me hace. Después de varias sesiones verificadas en el seno de la Sala, esta resolvió declarar la nulidad referida y al mismo tiempo ordenó se tomaran medidas precautelativas con fundamento en las razones expuestas en esa providencia. Producida esta providencia, el señor apoderado de Lacorazza Stella interpuso recurso de reposición, alegando la causal de que los Magistrados de la Sala habían anticipado opiniones de fondo. Aclaro: el mismo apoderado que había solicitado la reposición, recusó a la Sala, por la razón antes dicha, es decir, dizque porque la Sala había emitido anticipadamente su opinión sobre el negocio. La Sala no encontró fundada tal causal y resolvió no declararse impedida para seguir conociendo del mismo negocio. El incidente de recusación pasó a la Corte y ésta decidió en el mismo sentido, declarado por la Sala y ordenó que la misma Sala continuara conociendo del negocio. Entonces el mismo apoderado presentó denuncia criminal contra la misma Sala por el delito de abuso de autoridad y la nombrada Corte Suprema de Justicia, como lo dije anteriormente, resolvió abstenerse de abrir investigación contra

la Sala, por los hechos denunciados. El mismo señor apoderado de Lacorazza interpuso recusación de la decisión de la Corte y la Corte declaró que no era el caso de considerar dicho recurso..." (debe ser reposición)... "Cuando ya la Sala, pasados todos estos incidentes, se disponía a desatar el recurso de reposición interpuesto contra la providencia mencionada que declaró la nulidad de lo actuado y ordenó tomar medidas precautelativas, el mismo señor apoderado de Lacorazza, con fundamento en los mismos hechos, presentó una nueva denuncia criminal contra la misma Sala. Eso es todo. En cuanto a las medidas que se hubieran tomado para hacer efectiva la resolución de la Sala en el sentido de tomar las medidas precautelativas de que se ha hablado, no puedo dar detalle, toda vez que la ejecución de esas medidas corresponde al ponente y a la Secretaría. Eso es todo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que "al proceder el Tribunal Superior a decretar la nulidad y a congelar unos fondos o acciones pertenecientes a personas que en su concepto debían explicar, frente a la justicia, su posición dentro de un ilícito de abuso de confianza, lo hizo aplicando normas de derecho con toda lealtad y con sobrada responsabilidad y honestidad..."

Anota luego que "el más desprevenido estudio realizado sobre este expediente, llevaría a la inexorable conclusión de que ningún delito se perfila dentro de él, y que pueda imputarse a los Magistrados Moncayo, Price y Quintero. Sería, verdaderamente irritante, a más de carente de razón, el pretender estructurar un ilícito de abuso de autoridad, en el hecho de haber ellos ejercido su digno oficio de intérpretes de la ley.

"En casos como este...", continúa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal..., "opina este Despacho, se adivina una intención incontrastable, de colocar la justicia en lo que alguien llamó, con razón, 'bajo el imperio del miedo'. Los manejos incalificables de que se han valido los denunciantes y su apoderado para lograr vestir a los honorables Magistrados del Tribunal, con la túnica oprobiosa de criminales, no pueden ni deben ser ignorados, y muy a la inversa, constituyen ellos una elocuente lección de cómo puede torcerse el curso de la justicia y el imperio de la ley, aprovechándose de subterfugios procedimentales, realmente censurables. No encuentra este Ministerio Público —agotada como está la investigación, aun con exceso—, material que le dé base para intentar, siquiera, realizar un estudio doctrinario y jurídico sobre el ilícito que pretende vanamente imputarse a los Magistrados dichos. Este planteamiento sería notoriamente obsoleto de significado y apenas, si, alcanzaría a ser una teórica repetición sobre un tema tan ampliamente estudiado por los doctrinantes y tan explícitamente aclarado por la honorable Corte, en prolongadas jurisprudencias".

Concluye solicitando que, mediante el fallo que regula el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se declare la cesación de todo procedimiento contra los sindicados, "por absoluta inexistencia del hecho delictivo, que en mala hora les fuera imputado".

ALEGATOS DE LAS PARTES:

Tanto el señor apoderado de la parte civil como el señor defensor de los procesados, doctores Alvaro Leuro y Domingo Sarasty, presentaron alegatos respecto del mérito del sumario, así:

1º Memorial de la parte civil.

Dice el doctor Leuro que "...en extenso auto interlocutorio, fechado el 4 de agosto de 1959, el Tribunal decretó la nulidad de todo lo actuado, a partir de la providencia de 2 de febrero del mismo año (relativa a la orden de presentar unas pruebas por parte del sindicado, don Hugo Lacorazza S.). Pero en la misma decisión —y eso es lo insólito y criminoso del caso—, se cometieron los siguientes desmanes o extralimitación de funciones:

1º "La Sala prejuzgó sobre el fondo mismo del proceso, consignando categóricas afirmaciones sobre la existencia del cuerpo del delito de abuso de confianza y la consiguiente responsabilidad de don Hugo Lacorazza Stella y de dos personas más: don Vicente y don Guido Lacorazza Stella, que no figuraban como procesados y que, por lo mismo, eran completamente extraños a la investigación penal adelantada y clausurada con sentencia definitiva de primer grado. Y ese prejuzgamiento se hizo, no obstante que la propia Sala manifiesta, en el cuestionado proveído, que con la nulidad reconocida se persigue que don Hugo Lacorazza allegue una prueba 'que puede ser fundamental para su defensa'. Y agrega lo siguiente: 'Interponiéndose esa nulidad, la Sala no puede anticipar ningún

concepto para el caso de una sentencia condenatoria, como es apenas obvio'. Por donde se ve que la conducta de los Magistrados fue dolosa y contradictoria, porque, a pesar de reprocharse ellos mismos que no podían prejuzgar, tratándose de una simple nulidad, incurrieron en ese desafuero al analizarse los hechos denunciados y al imputarlos como delito a los hermanos Lacorazza Stella.

2º "La Sala transcribió íntegramente y la apreció como prueba de responsabilidad de los señores Lacorazza Stella, la carta de 29 de julio de 1957, que les envió su tío don Carmelo Stella, a pesar de que esa misiva no podía tenerse en cuenta en el proceso, por haberse allegado a éste con violación de los artículos 63 del Decreto Nº 014 de 1955 y 207 del Código de Procedimiento Penal.

3º "La Sala revocó el auto de apertura a pruebas, sin ser ello de su resorte, porque tal providencia estaba ejecutoriada y era, en consecuencia, intocable en dicha oportunidad, pues la nulidad reconocida no afectaba ese acto jurisdiccional del juez del conocimiento. Tal revocatoria inusitada tuvo como fin vincular al proceso a los señores Vicente y Guido Lacorazza Stella, lo cual no podía hacerse ya en ese momento procesal, conforme al artículo 430 del código antes citado y a la jurisprudencia de la honorable Corte.

4º "La Sala ordenó la 'congelación' o embargo preventivo de todos los bienes pertenecientes a los señores Lacorazza Stella (Vicente y Guido y Hugo), y les prohibió 'la venta de cualesquiera otras acciones en otras sociedades o empresas', lo mismo que la 'enajenación de bienes muebles o inmuebles, acciones, etc.'.

"Y fue más allá la Sala: al dar cumplimiento a esta arbitraria orden, libró 150 oficios no solo a las entidades a que se refería la parte resolutiva de la providencia, sino a los clubes sociales, a los bancos, a la Asociación Colombiana de Caballos P.S.I.; a las empresas con las cuales los señores Lacorazza tienen relaciones comerciales, etc., etc.

"Dicha medida fue abusiva a todas luces, porque no medió auto de detención contra los señores Lacorazza, ni había la prueba para privarlos de su libertad, ni la parte civil siquiera se atrevió a pedir ese embargo, ni el Tribunal tenía jurisdicción para hacerlo, por cuanto su competencia se limitaba a revisar una sentencia absolutoria, y no a ejercer atribuciones de funcionario de instrucción.

5º "La Sala decretó el 'arraigo judicial' de los hermanos Lacorazza Stella, al solicitar del Ministerio de Relaciones Exteriores que 'se abstenga de conceder permiso o pasaportes a los mencionados señores', como si contra éstos se hubiese proferido auto de detención".

Dice más adelante que "*acto arbitrario* es el que realiza el funcionario o empleado fuera de la ley, por capricho, prepotencia, rudeza autoritaria o aun simplemente por celo mal entendido en el desempeño de su actividad funcional. Es un hacer u omitir algo que las normas positivas jurídicas no autorizan de ningún modo. En la arbitrariedad, existe un desacuerdo manifiesto entre lo que prevé el legislador y el hecho emanado de la persona revestida de funciones públicas.

"Quiere la ley y eso es un principio superior de derecho y seguridad social, que los funcionarios sólo actúen al amparo de las normas jurídicas y dentro del ámbito estricto de su competencia. El derecho no es una mera máxima, sino una norma cierta y de seguro cumplimiento, que liga por igual a los que la aplican y a sus destinatarios. 'Si se rompiese la ley y se dictase una disposición contraria a ella —dice magistralmente Recasens Siches— los ciudadanos sentirían que habían perdido toda la tranquilidad, pues estarían librados al antojo de las autoridades y no al derecho establecido'.

"Para garantizar ese normal funcionamiento de la administración pública, en armonía con el derecho preestablecido, la ley penal sanciona a los funcionarios y empleados que se extralimitan en el ejercicio de su cargo u omiten los deberes que les corresponden.

'El interés de un Estado políticamente ordenado en el cumplimiento regular y legal de los actos de autoridad es tan acentuado, que aun cuando no se produzca la lesión de un derecho ulterior, se castiga el acto abusivo en sí mismo, como un modo de tutelar los valores ínsitos en el orden jurídico como tal, en cuanto el cumplimiento irregular y abusivo de los actos de autoridad puede determinar graves trastornos e inducir a toda clase de males' (Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. T. V., p. 152).

"En este orden de ideas, el solo desconocimiento de los preceptos legales, su manifiesta violación, constituye un abuso delictuoso, aunque el funcionario o empleado proceda con altura de miras, con móviles nobles. 'Porque —y esta es doctrina de la Corte— es preciso aclarar que en esta clase de ilícitos, la bondad del móvil no los desnaturaliza, en vista de que el

bien jurídico tutelado por la norma penal es el solo cumplimiento regular de los actos de los funcionarios, sin consideración al fin concreto que ellos persigan con su conducta abusiva, ni a los daños particulares que puedan ocasionar a las personas. La nobleza o perversidad del motivo determinante, apenas habrá de influír, en tales eventos, para la individualización de la pena, o para el otorgamiento, en su caso, de la condena condicional, y no más' (Auto de 4 de nov. de 1955, G. J. Nos. 2160 y 2161, p. 803)..."

Luego y refiriéndose al prejuzgamiento a que hizo mención atrás, después de transcribir las opiniones de Carrara y de Ortolán (ya mencionadas en la denuncia que dio lugar a este proceso) y de citar el fallo de la Corte, de 15 de septiembre de 1955 (G. J. Nos. 2157-2158, p. 264), dice que "el prejuzgamiento hecho por el Tribunal no tenía otro fin que presionar el criterio del Juez del conocimiento para que, una vez repuesto lo actuado y cuando volviera a pronunciar la sentencia, fallara en contra de los señores Lacorazza. No otra causa se desprende de los siguientes pasajes del auto del Tribunal:

'Los señores jueces de instancia incurrieron en craso error al justificar la conducta del sindicado Hugo Lacorazza Stella, con grave perjuicio de la señora denunciante, que había acudido en demanda de justicia, como sujeto pasivo de la apropiación de sus bienes por parte del administrador de los mismos. Como no se investigó penalmente la conducta de todas las personas que pueden haber participado en alguna forma en los hechos denunciados, debe revocarse aquel auto (el de apertura a pruebas, aclaro) con el objeto de que el Juez respectivo tenga amplitud suficiente para una investigación integral, y pueda luego definir la situación de los sindicados de acuerdo con ella y con los elementos probatorios enumerados y analizados en este auto, por cuanto quedan vigentes en este proceso'.

"Mayor coacción moral no puede ejercer un Superior sobre el inferior que va a fallar un proceso. Le dice sencillamente, en lo antes transcrito, que defina la situación de los sindicados 'de acuerdo con los elementos probatorios enumerados y analizados en este auto', el del Tribunal..."

Observa a continuación que "la Sala copió totalmente, en su providencia acusada, la carta de don Carmelo Stella, de fecha 29 de julio de 1957, documento que adujo en contra de la conducta de los señores Vicente, Hugo y Guido Lacorazza. Y dicha carta no podía siquiera agregarse a los autos, porque en el procedimiento señalado por el Decreto 014 de 1955 no hay término probatorio en la segunda instancia; y sólo el Juez *ad quem* puede dictar un auto para mejor proveer, encaminado a 'aclarar puntos oscuros o dudosos de especial importancia'. Y ese auto no lo profirió el Tribunal. Luego, al apreciar el documento referido como índice de responsabilidad de los señores Lacorazza, se llevó de calle los artículos 63 del mencionado Decreto y 207 del Código de Procedimiento Penal, y los Magistrados de la Sala incurrieron también en otro abuso de autoridad".

Afirma, asimismo, que por cuanto la "nulidad decretada por el Tribunal comprendió actuaciones posteriores a dicho auto de apertura a pruebas, que no había sido apelado por ninguna de las partes... dicha providencia ejecutoriada, como lo reconoce el propio Tribunal, constituía 'un obstáculo procesal' para revocarlo, y, sin embargo, lo infirmó caprichosamente, pretermitiendo la primera instancia y violando flagrantemente los artículos 196 y 200 del Código de Procedimiento Penal y 58 del Decreto 014 de 1955.

"Las providencias ejecutoriadas obligan al Juez, no porque sean, como comúnmente se dice, una ley de proceso, sino porque el procedimiento que se desarrolla en el curso de la acción respectiva, constituye una serie de actos vinculados entre sí que persiguen un fin unitario: el pronunciamiento de la sentencia, que es el supremo acto jurisdiccional que decide definitivamente 'sobre lo principal del juicio', como lo enseña el artículo 156 del citado Código... Si el Juez pudiera, cuando le plazca, revocar, modificar o alterar en cualquier tiempo las providencias ejecutoriadas para enmendar yerros que no se hicieron valer oportunamente, los juicios se harían interminables y la administración de justicia perdería su seriedad, sembrando el caos. Precisamente, para evitar estas contingencias perturbadoras del procedimiento, se instituyeron los términos judiciales, las notificaciones, los recursos contra las providencias y la ejecutoria de ellas.

"Si el Tribunal encontró, en su extraño criterio, que los hermanos Vicente y Guido Lacorazza eran copartícipes del abuso de confianza atribuído injustamente a don Hugo, el camino que ha debido seguir no era el de revocar el auto ejecutoriado de apertura a pruebas, sino el de ordenar expedir copia de lo conducente para que se investigase, por separado, la conducta de dichos caballeros. Eso era lo indicado en la situación procesal contemplada después del fa-

llo definitivo de primera instancia, conforme al artículo 430 del estatuto procedimental y a la jurisprudencia de la Corte, contenida en sentencia de 15 de marzo de 1955 (G. Nº 2151, p. 885). A más de un abuso punible, la revocatoria del auto cuestionado implicó, igualmente, una usurpación de jurisdicción, al tenor del artículo 148 del Código Judicial".

Expresa, igualmente, que "circunscrita la decisión del Tribunal, como Juez *ad quem,* a una simple nulidad, él carecía entonces de jurisdicción para dictar medidas precautelativas sobre los bienes y las personas de los señores Lacorazza. Porque dichas medidas están siempre condicionadas al auto de detención, o a la prueba que la ley requiere para pronunciarlo. Así lo pregonan, sin obscuridad alguna, los artículos 128 y 129 del Código de Procedimiento Penal y 55 del Decreto 014 de 1955... Si el Tribunal... estimó que estaban demostrados el delito de abuso de confianza y la responsabilidad de los señores Lacorazza, ha debido proferir el auto de detención contra ellos. Y una vez proferido, sí podría explicarse el embargo de bienes.

"Pero como el Superior... no se atrevió a tomar tan grave determinación, porque hubiera usurpado jurisdicción y pretermitido una instancia (arts. 148 C. J., 156, 183 y 187 C. de P. P. y 58 del Dto. 014 de 1955) y violado los artículos 26 de la Constitución Nacional y 200 y 457 de la ley procesal, faltó entonces el presupuesto básico del embargo —que es la orden de detención—, y esa medida contra el patrimonio de los hermanos Lacorazza resulta, por lo mismo, claramente arbitraria o abusiva.

"Más aún: el atropello llegó a su máximo, al embargar los bienes de don Vicente y don Guido Lacorazza, quienes en ese momento no eran procesados en sentido técnico, sino puros *terceros,* y contra éstos no cabe tal medida.

"Efectivamente, según el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal, el embargo de bienes sólo puede recaer en los del *sindicado,* es decir, de la persona que ha sido llamada a rendir indagatoria, o que ha sido emplazada para dicho fin (arts. 100, 346 y 365 ib. y 56 del Dt. 14 de 1955); y don Vicente ni don Guido fueron siquiera denunciados por el señor Giunzzioni, ni menos sometidos a rendir indagatoria...

Y luego de transcribir algunos conceptos del doctor Bernardo Gaitán Mahecha, ("Esquema de Derecho Procesal Penal Colombiano, pgs. 261 a 262), agrega que "de no ser así, el embargo de bienes quedaría a merced de la caprichosa voluntad de los funcionarios, a quienes les bastaría pensar, sin fundamento alguno... que un determinado sujeto es autor o copartícipe de un delito para el solo efecto de inmovilizarle sus bienes, vinculándolo injustamente a un proceso penal, sin siquiera oírlo en indagatoria, o hacerle los emplazamientos de ley, cuando no se logre su comparecencia".

Por último, dice que "la orden del Tribunal tendiente a impedir que los hermanos Lacorazza salieran del país, es la quinta y última arbitrariedad que cometió contra ellos.

"El odioso arraigo judicial, afortunadamente, fue abolido de la legislación colombiana, por ser una medida antidemocrática. Unicamente cuando se dicta el auto de detención y para asegurar la captura del procesado, puede impedirse que éste salga del país. Antes no, porque a ello se oponen los artículos 16 y 23 de la Constitución, que fueron violados por el Tribunal.

"No existe, pues, en nuestro derecho positivo ninguna norma que permita el arraigo por el mero hecho de estar sumariada una persona y menos, aún, tratándose de dos ciudadanos... quienes no tenían la calidad de procesados, cuando el Tribunal declaró nulo el proceso...".

2º Memorial del señor defensor de los doctores Moncayo, Price Gutiérrez y Quintero Delgado.

Dice el doctor Sarasty que "el Tribunal, por medio de su Sala Penal, tenía y tiene jurisdicción plena, para conocer y resolver todos y cada uno de los problemas que se plantean dentro de la investigación, máxime, cuando el negocio llega a esa Entidad en virtud de apelación o consulta de una sentencia.

"La jurisdicción es la facultad que la Constitución y la ley confiere a los funcionarios de la rama jurisdiccional para administrar justicia, por consiguiente, dentro de esa función, está contenida la facultad de interpretar y aplicar la ley en un momento dado. En el ramo penal, ese poder jurisdiccional lo ejercen, la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, los Jueces Superiores, Jueces Penales del Circuito, Jueces de Instrucción, Jueces de Menores y Jueces Municipales (art. 32 C. de P. P.).

"El concepto amplio y general de 'jurisdicción' se limita por la competencia, que en cierto modo es la medida de la misma jurisdicción, competencia que la ley la delimita en razón del hecho —violación penal—, en razón del lugar, y por la calidad de la persona, (art. 44, num. 3º C. de P. P.).

"La jurisdicción y competencia del Tribunal, para conocer del delito de abuso de confianza, la deriva del contenido de los artículos 32 y 44, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal. Por el primero tiene jurisdicción para administrar justicia, y por el segundo, tiene competencia para conocer del negocio en concreto, mediante apelación o consulta de los procesos cuyos fallos de primera y segunda instancia estén atribuídos a los jueces superiores.

"¿Podía el Tribunal decretar la nulidad del proceso? Indudablemente que sí. Esta facultad la deriva del contenido del artículo 200 que dice, que en cualquier estado del proceso en que el Juez advierta de la existencia de una nulidad la decretará, bien sea que la nulidad provenga de la ley o de la Constitución. Entonces el Tribunal, sí tenía, jurisdicción y competencia para declarar la nulidad, y no existe violación de ningún principio legal.

"¿Puede el Tribunal al decretar una nulidad, hacer consideraciones sobre problemas atinentes al cuerpo del delito y responsabilidad?

"En primer lugar no existe prohibición legal, es una facultad discrecional del fallador, que la puede usar o no. Si dentro de la misma providencia se ordena otras determinaciones fuera de la misma nulidad, está en la obligación de estudiar los temas referentes al delito y a la responsabilidad, si, únicamente, debe limitarse a reponer lo actuado, puede omitir el estudio de estos temas, pero, ni en el primero ni en el segundo caso, existe violación de la ley penal.

"¿Por qué se estudió..." (sic)... "los elementos atinentes al cuerpo del delito y responsabilidad? Sencillamente, porque el Tribunal al estudiar los hechos, encontró, pruebas más que suficientes para deducir responsabilidad a los señores Vicente y Guido Lacorazza, hermanos de Hugo, quien con poder general de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, abusando de esas facultades, después de revocado el poder según su propia confesión, al día siguiente de recibir la carta que le comunicaba la terminación del mandato, hizo transferencia de los bienes de su poderdante a sus propios hermanos, Vicente y Guido Lacorazza Stella, con perjuicio manifiesto de la mandante y beneficio directo de sus hermanos, y aún más, como dice el Tribunal, esas ventas se hicieron con violación de los estatutos sociales de 'Stella Limitada'.

"El que adquiere a sabiendas de manos del delincuente, dice Irureta Goyena, la cosa objeto del delito, no es encubridor, sino coautor. El encubridor es el delincuente que interviene con posterioridad a la ejecución de un delito, cualquiera que fuera, pero no reviste ese carácter el que colabora en forma principal antes o durante la ejecución del mismo. Ahora bien, el que compra a un depositario la cosa bajo custodia, para que éste se apropie de su importe, concurre con él en forma esencial a la ejecución del abuso de confianza, por acto simultáneo a la realización, por consiguiente, es coautor y no encubridor.

En estos hechos existe una coparticipación criminal no de forma secundaria, sino necesaria, pues sin la cooperación de Vicente y Guido Lacorazza el delito de abuso de confianza no hubiera podido cometerse, y este tema que debió ser objeto de la investigación, por descuido o negligencia, fue abandonado por el funcionario de instrucción, por esto es por lo que el Tribunal, quiere que se investigue y dilucide en esta oportunidad el tema; esta la razón por la cual hizo el estudio de los elementos que estructuran el delito y la responsabilidad, como también, de las pruebas que reposan en autos, suficientes, en sentir del Tribunal, para llamarlos a responder en juicio.

"El Tribunal, no podía limitarse a confirmar o revocar la sentencia, y ordenar tomar copia de lo conducente para adelantar la investigación contra Vicente y Guido Lacorazza Stella, como lo pide el denunciante. No, ora, porque el principio de unidad procesal lo impide, toda vez que para la investigación y fallo de cada delito se forma un solo proceso, cualquiera que sean el número de autores o partícipes (art. 52 del C. de P. P.), bien, porque se dividiría la continencia de la causa, o ya también porque el resultado de diferentes investigaciones, puede conducir al pronunciamiento de resoluciones disímiles, que le quitarían seriedad a la administración de justicia. Precisamente, para obviar estas dificultades, y para que la sentencia sea el resultado de un principio único sobre la base de unidad procesal, es... (sic) ..."por lo que el legislador, reguló por medio del artículo 52, las normas que deben seguirse en la investigación y fallo de los procesos en que son varias las personas sindicadas.

"Esta, otra de las razones para que el Tribunal, hubiera estudiado los elementos del cuerpo del delito y la responsabilidad, y al hacerlo, no incurrió en ninguna violación de la ley penal. Lo que ocurre es, que como el Tribunal no estuvo de acuerdo con las pretensiones de la parte civil, se recurrió al mal expediente de la denuncia criminal, sobre la base de un prejuzgamiento, y falta de jurisdicción y competencia

para hacer consideraciones sobre el fondo del problema.

"Por esto es por lo que la Corte —en providencia que se transcribe—..." (se refiere al auto de 30 de octubre de 1959, del que fue ponente el doctor Simón Montero Torres)... "afirma que 'el examen de fondo que hizo la Sala de Decisión con respecto al proceso contra el señor Hugo Lacorazza, no fue para anticipar conceptos, sino para proveer, por medio de medidas preventivas, a la tutela efectiva de los derechos de la parte civil, es decir, de la señora Zenaide Mareggini, gravemente afectada en lo suyo por las actividades delictuosas de los hermanos Lacorazza, de acuerdo con todos los hechos que la predicha Sala encontró probados dentro del proceso contra el citado señor Hugo Lacorazza'.

"¿El Tribunal podía tomar determinaciones en orden a garantizar los efectos económicos de la investigación?

"Naturalmente que sí, porque dentro de la legislación procesal penal existen disposiciones expresas al respecto. En efecto:

"El artículo 129 del Código de Procedimiento Penal —disposición citada por la honorable Corte—, dice: 'Si se tratare de delitos que no exigen detención preventiva, sólo se podrá proceder al embargo y secuestro preventivos de bienes que trata el artículo anterior, cuando hay por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe del hecho que se investiga'.

"Basta leer la providencia del Tribunal, para llegar a la conclusión de que en el sumario seguido contra Hugo Lacorazza Stella, existe no sólo una declaración de testigo que ofrece serios motivos de credibilidad para tomar esa determinación, sino que, en el proceso, hay un hecho más convincente, la declaración de los sindicados Lacorazza, quien" (sic)... "confiesa que las ventas se realizaron después que ellos, los Lacorazza Stella, tuvieron conocimiento de la determinación de cancelar el mandato, manifestada expresamente por la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni. Mejor confesión de la intención dolosa no puede exigirse, entonces, existe la prueba determinada por la ley, no sólo para dictar medidas preventivas, sino para tomar determinaciones de fondo.

"Por otra parte, el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, determina que los bienes o efectos con los cuales se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución 'se secuestrarán y harán parte del sumario, para los efectos de la investigación'.

"Es indudable que los derechos y acciones de propiedad de la señora Zenaide Mareggini de Giunzzioni, estaban representados en efectos y valores comerciales, y el resultado de las ventas aumentaron el patrimonio de los sindicados. Los bienes adquiridos en esta forma son producto del ilícito que se investiga y —la ley— en guarda de los derechos del ofendido, autoriza y obliga que dichos bienes sean secuestrados, para responder de los resultados económicos de la investigación; lo contrario, sería como lo dice la Corte, 'una tarea investigativa que quédaría moviéndose en el vacío, sin ningún resultado práctico'. Por esto es..." (sic)... "por lo que el Tribunal, con pleno derecho y facultad de jurisdicción y competencia, ordenó tomar medidas de protección sobre la base de una 'congelación de bienes' que en derecho, y a términos con la legislación procesal, debe dársele su denominación propia o sea, secuestro y embargo preventivo de bienes..."

Al final de su escrito, dice el doctor Sarasty que "como en este sumario existen varios elementos de juicio que llevan al convencimiento de que en los libros de contabilidad llevados por la sociedad 'Stella Limitada' se ha cometido un delito de falsedad, tal como se desprende de la afirmación transcrita por el funcionario de instrucción, creo, que la honorable Corte, debe disponer que se adelante la correspondiente investigación".

Se refiere el doctor Sarasty a la constancia dejada por el funcionario de instrucción, en este proceso, (fl. 415 del Cd. Nº 2), que aquél transcribe en su alegato, la cual dice lo siguiente: "El doctor Alvaro Leuro manifestó al suscrito Juez en presencia de su Secretario y del señor Juan Márquez, que el nombre de Mateo Minervino no correspondía a ninguna persona real, sino que simplemente era una clave utilizada por los señores Lacorazza en sus operaciones comerciales".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Diferentes cuestiones son menester tomar en cuenta, para llegar a una exacta calificación de los hechos averiguados en este negocio, a saber:

1º Alcance de la providencia de 30 de octubre de 1959.

En este auto, que dispuso no abrir averiguación penal alguna respecto de los hechos denunciados por el señor Vicente Lacorazza y su hermano, Guido Lacorazza Stella, se dijo que "la jurisdicción que adquiere el juzgador *ad quem* por razón del recurso de apelación contra una sentencia, reviste el carácter de plena, circunstancia que lo faculta para revisar, sin ninguna restricción, todo el proceso, tanto en el fondo como en su tramitación. De ahí que pueda declarar nulidades, aunque ellas no se relacionen con el fallo, y, además, adoptar determinaciones que orienten el negocio y garanticen los derechos de las partes. En el caso de autos, la Sala estudió a fondo el negocio para establecer si existía prueba de responsabilidad con respecto no sólo al señor Hugo Lacorazza, sino también con relación a sus hermanos Vicente y Guido Lacorazza, precisamente con el fin de orientar la actuación procesal, por una parte y, por la otra, proveer a la tutela de los derechos de la señora Zenaide Mareggini, lesionada con las actividades delictuosas de aquéllos. De esta manera y previa esa labor de examen de los autos, la Sala acusada dispuso la congelación de los bienes de los señores Lacorazza, es decir, el embargo de los mismos, medida que es de orden público, y que, por lo tanto, puede y debe dictarse en cualquier etapa del proceso y sea cualquiera la instancia en que se encuentre, como es obvio, siempre que aparezca la prueba exigida por el artículo 129 del Código de Procedimiento Penal, prueba que la Sala determinó, analizó y criticó para luego concluír en que contra los hermanos Lacoraza era 'agobiadora por su número y calidad'. Por este aspecto tampoco hubo abuso de funciones, y debe advertirse que el embargo y secuestro preventivos de bienes dentro del proceso penal no requieren como condición previa que se haya recibido indagatoria a las personas a quienes afecten esas determinaciones precautelativas. Basta que aparezca la prueba de que trata la disposición legal invocada.

"Por último, esa jurisdicción plena que es propia del juzgador *ad quem*, le permite, para la orientación del proceso, luego de declarar una nulidad, como ocurrió en el presente caso, indicar pruebas a practicar y eliminar los obstáculos que puedan oponerse a esa misión de perfeccionamiento del asunto, ya que de otro modo la tarea quedaría moviéndose en el vacío, sin ningún resultado práctico. De ahí que la Sala acusada, sin extralimitarse en sus funciones, pese a que concluyó en una declaración de nulidad, se ocupó del fondo probatorio del proceso para señalar que también en contra de los señores Vicente y Guido Lacorazza aparecían graves cargos en el sentido de haber participado en las actividades delictuosas contra el patrimonio de la señora Zenaide Mareggini, lo que sin embargo, no había dado lugar a que se les vinculara como sindicados al negocio. En atención a esos aspectos y para propiciar y hacer posible una completa investigación, revocó el auto del 9 de enero, dictado por el Juzgado 5º de Instrucción, para abrir a prueba el asunto por un término de quince días. La revocatoria de ese proveído no implicó, pues, extralimitación de funciones ni abuso de autoridad".

Agrega la Sala en este proveído, de que fue ponente el honorable Magistrado, doctor Simón Montero Torres, que "la determinación de la Sala en el sentido de pedir al Ministerio de Relaciones Exteriores que se abstuviera de conceder permiso a los hermanos Lacorazza para salir del país o de visarles pasaporte, es algo que se explica de suyo teniendo en cuenta que en sentir de esa Sala y de acuerdo con las pruebas que estudió, esos individuos aparecen como incursos en un delito contra la propiedad en cuantía de varios miles de pesos".

Ahora bien:

Contra este auto interpuso el recurso de reposición el doctor Alvaro Leuro, como apoderado del denunciante, el que le fue denegado en providencia de 5 de febrero de 1960, con fundamento en que "el simple carácter de denunciante, aunque éste sea el mismo que ha sufrido la lesión en su derecho, no lo convierte en parte del proceso penal. Para adquirir esa calidad... se requiere presentar una demanda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal...".

Posteriormente fue presentada la demanda de constitución de parte civil, a la cual contestó la Sala, en proveído de 14 de marzo de 1960, expresando que "no procede constituír parte civil en estas diligencias, ni intentar recurso alguno, puesto que ellas fenecieron al ejecutoriarse el auto de 30 de octubre del año pasado", (1959), sin embargo de que esa decisión de la Corte (la contenida en el auto últimamente citado) "no significa, como es obvio, que la decisión de la..." Sala... "haga tránsito a cosa juzgada" (como se expresó en el auto de 14 de marzo de 1960, mencionado).

Así, pues:

Una providencia como la de 30 de octubre de 1959 no tiene el alcance, como lo cree uno de los procesados, de un fallo inconmovible, de cosa juzgada, error que le da pie dizque para

"dejar una enérgica manifestación de protesta por este hecho insólito, de que se acepte una nueva acusación sobre hechos ya definidos y fallados en Sala Plena..." (sic)... "de la Corte", actitud suya que no se acomoda ni con los principios jurídicos, que impiden equiparar a un fallo absolutorio una providencia como la aludida, pues esta última no extingue la acción penal y "no hace tránsito a cosa juzgada"; ni con la serenidad de quien alega su inocencia, pero se siente molesto porque mediante la averiguación de los cargos bien podría resolverse —si así resultare— declarar esa inocencia, en fallo de mérito.

De otra parte, la cuestión de hecho planteada —lo que se evidencia con los datos traídos a este negocio— ofrecía desde el momento de la denuncia formulada por los señores Lacorazza Stella tanta complejidad, que recapacitando el actual Magistrado ponente, en este asunto, sobre lo que la Sala había dispuesto, con ponencia del honorable Magistrado, doctor Montero Torres, en el citado auto de 30 de octubre de 1959, resultaba imperioso no sólo para los intereses de la justicia, sino para las partes mismas, abrir la instrucción que permitiera una resolución de fondo, con el alcance de cosa juzgada.

Tanto más, cuanto que aparecía un nuevo aspecto, no examinado en ese auto de 30 de octubre de 1959, a saber:

¿Puede el fallador de segunda instancia, al revisar una sentencia absolutoria, declarar la nulidad del proceso? Es lógico que sí. Pero: ¿Puede también asumir de inmediato la competencia para ordenar —en el mismo proveído— y ejecutar medidas preventivas, como las del embargo y secuestro de bienes del procesado, —y aun su misma encarcelación preventiva— sin que esté ejecutoriada la providencia que dispone esa nulidad del proceso? Debe responderse que no, por cuanto sin estar en firme el auto que declara una nulidad, lo actuado que se estima como nulo mantiene su validez, aun la misma sentencia absolutoria que revise el *ad quem*, como revisaba en este caso el Tribunal Superior de Bogotá.

Y en el negocio aludido, el auto de 4 de agosto de 1959, proferido por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, no se encontraba ejecutoriado, cuando se tomaron y cumplieron las medidas precautelativas ordenadas. Más aún: en el mismo auto que dispuso declarar nulo el proceso, fueron ordenados el embargo y secuestro preventivos de los bienes del señor Hugo Lacorazza Stella y de sus hermanos Vicente y Guido Lacorazza Stella. Esa providencia, además, fue objeto del recurso de reposición, solamente resuelto mucho después.

Piénsese, por caso, en que la Sala de Decisión, en virtud del citado recurso contra su auto de 4 de agosto de 1959, hubiese resuelto confirmar la sentencia absolutoria proferida en primera instancia en favor del señor Hugo Lacorazza Stella, cuya revisión adelantaba el *ad quem*, para apreciar claramente la impertinencia de la orden y cumplimiento de medidas preventivas, como las ordenadas y ejecutadas por la Sala acusada, como que mientras concluía el examen del aludido fallo absolutorio y sin estar ejecutoriado el auto que declaraba la nulidad del proceso, adelantaba actividades procesales incompatibles con la condición de procesado absuelto de la persona a quienes ellas afectaban y que seguía absuelto mientras el fallo de primera instancia no quedase, por resolución en firme, anulado.

Vale decir, que se tuvo por anulado lo que todavía no lo estaba, por no encontrarse ejecutoriada la providencia por la cual esa declaratoria de invalidez del proceso fue hecha.

2º Examen de los cargos hechos a los procesados.

De conformidad con lo previsto en el artículo 81 del Decreto 014 de 1955, el proceso seguido contra el señor Hugo Lacorazza Stella debía ceñirse a los preceptos de trámite señalados en ese estatuto.

Entre otras disposiciones, en el citado decreto se tienen los siguientes preceptos:

a) Que la captura y detención preventiva del sindicado se rigen por las normas generales, vale decir, por las indicadas en los artículos 379 a 392 del Código de Procedimiento Penal.

b) Que el auto de detención preventiva debe ser notificado personalmente al procesado y a su apoderado, o solamente a este último, si ha existido declaratoria de reo ausente, (arts. 57 y 58).

c) Que "en el mismo auto de detención preventiva se ordenará un término de quince días, según las circunstancias del proceso, durante el cual se practicarán las pruebas que el juez estimare convenientes y las solicitadas por las partes, siempre que sean conducentes" (art. 60).

d) Que "recibido el expediente por el Superior, en apelación o consulta, deberá proferir el fallo de segunda instancia dentro de los diez días siguientes al recibo, a no ser que el Juez estimare que existen puntos oscuros o dudosos de especial importancia, caso en el cual,

de oficio, decretará las pruebas conducentes a esclarecerlos, que deberán practicarse en un término no mayor de quince días...", (art. 63).

f) Que "el procedimiento especial señalado en este decreto se aplicará a los procesos por delitos contra la propiedad, de que conozca la justicia ordinaria.

"El funcionario instructor deberá enviar el expediente al Juez competente para el fallo, una vez vencido el término probatorio señalado en el artículo 60", (art. 81).

g) Que "si antes de dictarse sentencia de primera instancia, se desvirtuare completamente la prueba que se tuvo en cuenta para el auto de detención preventiva, éste se revocará y se pondrá en libertad al sindicado. La providencia anterior deberá ser consultada", (art. 68).

h) Que "para los efectos del presente decreto, quedan suspendidas las disposiciones legales que le sean contrarias", (art. 82).

Se tiene, pues:

I. Que el auto de detención preventiva, dentro del procedimiento del Decreto 014 de 1955, tiene la virtualidad de abrir el proceso a pruebas, por un nuevo término de quince días, vencido el cual, el instructor debe remitir el negocio al Juez competente para el fallo de primera instancia.

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 4 de abril de 1956, (publicada en "Diario Jurídico", Nos. 239, p. 305 a 310), señaló para el auto de encarcelación preventiva que se profiere dentro del procedimiento indicado en el Decreto 014 de 1955, el alcance del auto de proceder regulado en la Ley 94 de 1938, (Código de Procedimiento Penal), y afirmó la posibilidad de que esa providencia fuese proferida por el *ad quem*, inclusive en la misma resolución en que declare la nulidad del proceso, fundada en "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción..." (ord. 8º del art. 198 del citado Código) en el auto de detención preventiva proferido por el instructor.

En esta providencia, que bien pudo haber influído en la resolución sobre medidas preventivas (embargo y secuestro de bienes de los señores Lacorazza Stella, si bien no se ordenó la detención preventiva que, de atender las razones de la Sala de Decisión acusada, era pertinente) tomada en el auto de 4 de agosto de 1959 del Tribunal Superior de Bogotá, se dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"¿En qué providencia se hace esa delimitación, desde todo punto de vista indispensable, en el procedimiento especial del Decreto 14 de 1955? No puede ser tal providencia otra que la de detención precautelativa y de apertura a pruebas, de que trata el artículo 60 del Decreto 14; pues que precisamente el término de prueba tiene por objeto procurar al acusado su derecho de defensa, que debe respetársele si se quiere que el juzgamiento, y la posible condena, no se resientan de arbitrariedad.

"Si la técnica aconseja que el funcionario que tenga la competencia para el juzgamiento —no el instructor— sea quien haga la calificación jurídica de los hechos y les dé la denominación que les corresponda, según las normas penales sustantivas (y esos principios de técnica no sufrieron menoscabo ni en el Código de Procedimiento Penal, ni en la Ley 48 de 1936), ha de aceptarse que en lo tocante al procedimiento es del resorte del legislador —o de quien eventualmente y excepcionalmente haga sus veces— y que, en consecuencia, bien podía la ley y bien pudo el Decreto 014 de 1955 atribuír esa calificación y denominación al funcionario instructor, quien, para delitos contra la propiedad así como para estados de especial peligrosidad social, los hace en el auto de detención y de apertura a pruebas, previsto en el artículo 60 del tantas veces citado Decreto.

"Pero de que las haga uno —el Juez de la competencia, en el procedimiento ordinario de la Ley 94 de 1938 y en el procedimiento de la Ley 48 de 1936— u otro —el funcionario instructor, en el procedimiento especial del Decreto 14 de 1955— no se deduce que quede excluída la posibilidad de error en tales calificaciones y denominaciones: Y si este error en la denominación jurídica de la infracción se advierte, la Ley —no derogada ni suspendida— indica el remedio: Nulidad del proceso, desde el momento en que se haya incurrido en el error. Con base, pues, en el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se declara la nulidad desde el auto de proceder, inclusive, que se dicta en los términos del artículo 429; con base en ese mismo numeral 8º se declara la nulidad desde el auto de detención y de apertura a pruebas, inclusive, que se dicta en los términos del artículo 13 de la Ley 48 de 1936 y con base en ese mismo numeral 8º debe declararse la nulidad desde el auto que, como en los casos anteriores, contenga la errónea denominación jurídica: y ese auto no puede ser otro que el de detención y de prueba, que se dic-

ta en los términos del artículo 60 del Decreto 014 de 1955.

"No en otra forma puede procederse para respetar el derecho de defensa del acusado y para evitar que su juzgamiento degenere en ilegítimo y arbitrario.

"¿Podría pensarse en que, dentro del procedimiento especial del Decreto 14 de 1955 la 'denominación jurídica de la infracción' se dejó para la sentencia, y que en esa misma providencia final es cuando se hace una calificación definitiva de los hechos ante las normas penales? No; porque ello equivaldría necesariamente a hacer nugatorio e imposible el derecho de defensa del procesado, que sorpresivamente sería noticiado precisamente al condenársele de los cargos y de la infracción penal por la cual la sociedad venía juzgándolo. ¿Dónde el ejercicio del derecho de defensa? ¿Para qué el término de pruebas previsto en el artículo 60 del Decreto, si el acusado ignora de qué se le acusa, qué delito se le imputa? Imposible, por otra parte, creer que le sea lícito a la sociedad exigir al sindicado que intente su defensa en relación con todos y cada uno de los títulos y capítulos del Código Penal: Y a tal exigencia equivaldría el estimar que, dentro de dicho procedimiento especial, no hay providencia alguna, anterior a la sentencia, que haga la calificación de los hechos y les dé la denominación jurídica que corresponda según la ley penal sustantiva.

... ...

"Todo lo dicho obliga al Tribunal a declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso, a partir del auto de detención precautelativa y de apertura a pruebas, que profirió el instructor por cuanto en dicha pieza se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción...

"En los resultandos 2º y 5º se hizo mención y análisis de las pruebas que permiten afirmar que contra..." el procesado... "se reúne la que para detenerlo precautelativamente exige el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, reproducido por el artículo 55 del Decreto 014 de 1955. No ignora la Sala que en tratándose de delitos contra la propiedad, el auto de detención y de apertura a pruebas se dicta hoy por el funcionario instructor; pero como el Código de Procedimiento Penal ordena perentoriamente decretar la privación de la libertad, a todo funcionario que conozca del proceso, si se reúne la prueba pertinente, la Sala obedecerá ese mandato y decretará la detención del acusado, así como el embargo y secuestro de sus bienes, para asegurar el pago de perjuicios civiles. Se abstendrá, sí, de abrir a pruebas, por ser esta función reservada al instructor; devuelto que sea a éste el expediente, le dará la tramitación legal que corresponda".

Pero en el supuesto de que la doctrina antes transcrita premitiera afirmar que dentro del procedimiento del Decreto 014 de 1955, el auto del instructor, por el cual ordena la detención preventiva del sindicado, equivale al auto de proceder que reglamentan los artículos 429 a 434 del Código de Procedimiento Penal, no podría admitirse, como en sentido contrario se dice en la providencia transcrita, que el juzgador *ad quem,* al declarar el trámite de primera instancia nulo profiera ese auto de detención preventiva, con el alcance de "auto de proceder", porque ello pretermitiría una actividad procesal que corresponde a la primera instancia. O es auto de detención preventiva o es auto de proceder. Si lo primero, bien puede aceptarse que se dicte en cualquier estado del proceso, cuando se reúnan las condiciones legales para tomar esa medida. Pero si se trata de lo segundo (es decir, de ese supuesto "auto de proceder"), es entonces lógico que agotada la primera instancia, vale decir, luego de proferido ese auto de "llamamiento a juicio" (auto de detención dictado por el instructor) y de pronunciada la sentencia de primer grado, no puede el *ad quem,* además de declarar inválido lo actuado desde ese auto de detención preventiva, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción...", o por cualquier otra causa, dictar el "auto de proceder" (esto es, el de encarcelación preventiva), con fundamento en que, ya para hacerlo, ese auto de detención, entonces, ya sólo es eso y no un auto de proceder.

Este criterio envuelve, como se deja visto, una posición contradictoria, respecto del alcance del auto de detención preventiva dentro del trámite señalado en el Decreto 014 de 1955, pues, se repite, al mismo tiempo que se afirma en la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 4 de abril de 1956, que la providencia citada equivale al "auto de proceder", se acepta que únicamente es un auto de detención preventiva, para indicar que el *ad quem* tiene la atribución de proferirlo, aun en el mismo auto en el cual anula el "auto de proceder" (ese auto de detención preventiva) dictado por el *a quo.*

De consiguiente, si la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, en el negocio seguido contra el señor Hugo Lacorazza Stella

por el delito de abuso de confianza, estimó pertinente disponer el embargo y secuestro preventivos de bienes del nombrado y los de sus hermanos, Guido y Vicente Lacorazza Stella, ello ha debido hacerlo una vez ejecutoriado el auto que declaró la nulidad de lo actuado en ese proceso, junto con la orden de encarcelación preventiva de los mismos, de acuerdo con lo que señala el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal, si entendía que ese auto de encarcelación precautelativa no es otra cosa que eso y no un supuesto "auto de proceder", dado que el llamamiento a juicio no es de la competencia del *ad quem*, cuando revisa un proceso en que se ha dictado la sentencia de primera instancia, pues pretermitiría los trámites que corresponden a ésta.

Bien sabido es que ese embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado, cuando a éste se le imputa un delito reprimido con pena privativa de la libertad, sólo puede disponerse en el auto que ordene su detención preventiva o después de proferido ese auto de encarcelación.

La Corte, en sentencia de 14 de marzo de 1957 (publicada por "Diario Jurídico", Nos. 293 y 294, p. 347, 348, 351 y 352), rechazó la doctrina del Tribunal Superior de Bogotá, a que alude la providencia de 4 de abril de 1956. De este fallo de la Corte cabe transcribir lo siguiente:

"Es verdad que para dictar el auto de detención deben llenarse los requisitos que exige el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, pero ellos son bien distintos de los que impone el artículo 429 para el auto de proceder. En el primero debe expresarse los elementos probatorios que se hayan allegado sobre la existencia del hecho que se investiga, su calificación legal y la pena que la ley establece para él, lo mismo que los elementos probatorios que aparezcan en el proceso en contra del detenido. En el auto de proceder se contienen, además, otras medidas que atañen al fondo del negocio, comoquiera que él define una situación jurídica del denunciado y termina la etapa investigativa del proceso, para abrir la causa criminal. Por eso exige el artículo 429 que para dictarlo aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y que exista, al menos, el elemento de convicción que enuncia el precepto sobre la responsabilidad del procesado, como autor o partícipe, y según el artículo 431, en la providencia enjuiciatoria debe hacerse, además, de la narración sucinta de los hechos, el análisis de las pruebas aducidas sobre la existencia del cuerpo del delito y las que funden la imputación al procesado y la calificación genérica del hecho, con las circunstancias conocidas que lo especifican, para de allí deducir en la parte resolutiva el llamamiento a juicio por el delito que corresponda y que se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o el correspondiente título, cuando se divide en capítulos.

"Fue suficientemente explícito el legislador al señalar, pormenorizadamente, los requisitos que demanda el auto de proceder y que no exigió para el que se dicta de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 48..." de 1936... "Si de acuerdo con su pensamiento hubiera sido el de hacer equivalentes las dos providencias, al reglamentar la del procedimiento especial, hubiera repetido las exigencias que enumera el artículo 431, o al menos hubiera hecho alusión a este precepto.

"Las tesis sostenidas en el fallo que pronunció el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal— el 4 de abril de 1956, erran por prescindir de la anterior consideración.

"Los argumentos allí expuestos servirían para sostener que al dictar, tanto el artículo 13 de la Ley 48 de 1936 como el Decreto 014 de 1955, el legislador desoyó los principios supralegales, a que atiende el artículo 26 de la Constitución. Pero mientras tales disposiciones no sean declaradas inexequibles, su cumplimiento es obligatorio.

"Sin embargo, la apreciación tampoco es exacta: lo que ocurre es que la especificación 'del hecho o hechos' que se formula por mandado del artículo 13 de la Ley 48, no tiene la firmeza, ni el carácter obligatorio que corresponde a la 'denominación jurídica' del delito que se hace en el auto de proceder.

"Si el legislador no dispuso que en los procesos especiales hubiera auto de enjuiciamiento, no compete a los funcionarios jurisdiccionales asimilar analógicamente otras providencias al auto de proceder y hacerlas producir los efectos que sólo para éste ha señalado la ley.

"Dentro de la plenitud de las formas propias del juicio especial, no está comprendida la de dictar auto de enjuiciamiento, de suerte que su ausencia en tal actuación no la torna ilegal, ni trunca y por ende no emana de allí nulidad constitucional".

En conclusión, pues, la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, al ordenar el embargo y secuestro preventivos de bienes de los señores Lacorazza Stella en el auto de 4 de agosto de 1959, incurrió en error, pues, de una par-

te, si entendía que el auto de detención preventiva, dentro del procedimiento del Decreto 014 de 1955, equivale al "auto de proceder" regulado en los artículos 429 a 434 del Código de Procedimiento Penal, ese auto no podía dictarlo (y efectivamente no lo profirió), pues pretermitía una instancia; mas como tales embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado sólo es pertinente dentro de la providencia que dispone la encarcelación preventiva o después de ordenada ésta (por tratarse de delito reprimido con pena privativa de la libertad), es lógico, entonces, que esa medida sobre los bienes de los sindicados no era viable ante el *ad quem*. Y, de otra parte, si apartándose de la jurisprudencia de esa Entidad, de 4 de abril de 1956, consideró que el auto de detención preventiva no equivale, dentro de los trámites indicados en ese Decreto 014 de 1955 al "auto de proceder", entonces ha debido proferir, junto con el embargo y secuestro preventivos de bienes de los sindicados, la orden de detención precautelativa, pero una vez ejecutoriada la providencia en que declaró la nulidad del proceso, como ya se dejó examinado.

II. El artículo 316 del Código de Procedimiento Penal dispone que "las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación".

Como "efectos..." provenientes de la ejecución de un delito cabe entender las cosas sobre que recae la acción del delincuente, esto es, el objeto material de la infracción punible (cuando precisamente es este una cosa) como, por ejemplo, el bien mueble hurtado o el documento falsificado.

El artículo 702 del mismo código señala que "las cosas secuestradas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 316, se mantendrán depositadas en cuanto sea necesario para los fines del proceso. Terminado el proceso, se entregarán a las autoridades correspondientes si se hubiere ordenado su confiscación; en caso contrario, se destinarán para el pago de las sumas que deba cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc.".

Es, entonces, lógico que estas disposiciones no se refieren a los bienes muebles e inmuebles de propiedad del sindicado, cuyo embargo y secuestro preventivos cabe disponer, de acuerdo con lo que indican los artículos 128 y 129 del Código de Procedimiento Penal, para asegurar el efectivo resarcimiento del daño privado causado por el delito.

Y es indiscutible que la Sala de Decisión acusada, en el proceso penal seguido contra el señor Hugo Lacorazza Stella, al ordenar la 'congelación' de los bienes muebles e inmuebles del nombrado y los de sus hermanos Guido y Vicente, no se ciñó al alcance de los citados artículos 316 y 702, ya transcritos, sino que ciertamente cumplió un embargo y secuestro preventivos de los bienes de dichos señores, extensivo, inclusive, a los derechos o acciones que pudieran tener éstos en algunos clubes sociales de Bogotá.

Claro que este secuestro que regulan los artículos últimamente citados ha sido cumplido en diversas oportunidades y también se ordenó, si bien hablando de 'congelación', por el doctor Jacobo Pinedo Barros, como lo afirma el doctor Guillermo Moncayo, cuando aquél inició, en el año de 1945, una averiguación penal por el pago del sorteo del premio "Extra Ciudad de Pasto". Pero, se repite, los embargos y secuestros de bienes de los señores Lacorazza Stella, ordenados y cumplidos en el proceso que dio lugar a esta averiguación penal, están lejos de constituír esa medida que puede tomar el funcionario de instrucción respecto de los "efectos..." provenientes de la ejecución del delito de que se les sindica.

III. Es evidente que a quien se le debe recibir indagatoria, puede ser citado, requerido y aun capturado para que comparezca ante la autoridad que debe llevar a cabo esa diligencia, si bien lo último es viable sólo cuando requerida esa persona, no comparece.

La medida tomada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el negocio tantas veces citado, consistente en ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores y al 'Servicio de Inteligencia Colombiano' —hoy 'Departamento Administrativo de Seguridad—', que no se concediera permisos a los señores Lacorazza Stella, para salir del país, buscó sólo la comparecencia de estos señores ante la autoridad que, según el parecer del Tribunal, debía recibirles declaración de inquirir, si bien ya se había hecho esto con respecto al procesado Hugo Lacorazza Stella.

IV. Fue otro error del Tribunal estimar en su providencia de 4 de agosto de 1959, como elemento de convicción, (si bien tuvo en consideración otros legalmente allegados al proceso) la carta a que alude el señor apoderado de la parte civil en este negocio; y, asimismo, fue antiprocesal la revocatoria del auto del instruc-

tor de primera instancia, por el cual abrió a pruebas el proceso por el término de quince días. Lo primero, porque en la segunda instancia no fue abierto a pruebas el citado proceso y esa carta fue presentada por la parte civil en esa etapa del negocio, sin que el *ad quem* lo ordenara; y lo segundo, porque el auto revocado por la Sala de Decisión acusada no estaba sometido, por apelación, al examen del *ad quem,* ni quedó comprendido dentro de la nulidad ordenada por el Tribunal.

V. El supuesto prejuzgamiento de que se acusa a la misma Sala de Decisión, como ocurrido en su proveído de 4 de agosto de 1959, no existió, pues el examen de las pruebas allí hecho sólo tuvo como fin fundamentar las medidas precautelativas que el Tribunal estimó conducentes y creyó que podía disponer.

3º Condiciones del delito de abuso de autoridad.

En el caso previsto en el artículo 171 del Código Penal, evento imputado a los doctores Moncayo, Price Gutiérrez y Quintero Delgado, el delito de abuso de autoridad requiere:

a) Que el agente sea un funcionario público.

b) Que el acto no constituya un delito distinto.

c) Que se realice por causa de las funciones o excediéndose en el ejercicio de las mismas.

d) Que el hecho se cumpla en perjuicio de una persona o de una propiedad.

e) Que el acto sea arbitrario o injusto.

Es evidente que sin estar ejecutoriada la providencia por la cual la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá declaró, en el proceso seguido contra el señor Hugo Lacorazza Stella, la nulidad de parte de lo actuado en primera instancia, lo que se ordenó tener por nulo mantenía su validez —inclusive el mismo fallo que absolvió al nombrado señor Lacorazza Stella—. De consiguiente, como se dejó ya expresado, las medidas preventivas también ordenadas en esa misma providencia y ejecutadas inmediatamente, no podían ser dispuestas ni cumplidas mientras no estuviera en firma la revocatoria de tal sentencia absolutoria, es decir, hasta tanto el auto de 4 de agosto de 1959 (pero sólo en cuanto disponía la nulidad del proceso, que era lo único pertinente para ese proveído) no estuviese ejecutoriado, pues en otra forma sería tanto como embargar y secuestrar los bienes muebles e inmuebles (y aun detener preventivamente, medida que acompaña al embargo y secuestro preventivo de bienes, en el caso del artículo 128 del Código de Procedimiento Penal) de un sindicado absuelto, y Hugo Lacorazza Stella lo estaba y tenía esa condición, hasta tanto, se repite, el fallo del *a quo* quedara revocado, mediante la ejecutoria de ese auto de 4 de agosto de 1959.

También son claros los errores ya puntualizados atrás, cometidos por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá.

De otra parte, resulta evidenciado que las disposiciones de esa Sala, tomadas respecto de los bienes de los señores Lacorazza Stella, tienen la capacidad de afectar su patrimonio económico. Y, además, como es obvio, esos errores no tienen respaldo en las normas legales.

Puede, por tanto, afirmarse que se reúnen las condiciones típicas del delito de abuso de autoridad, previstas en el citado artículo 171 del Código Penal.

Pero, ¿de los elementos de convicción traídos al proceso, señalados ya en este proveído, se desprende que tales errores en que incurrió la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, acusada, corresponden a una actividad conscientemente dirigida a cumplir un acto contrario a las normas reguladoras de su actividad funcional, como juzgadores *ad quem,* en el proceso a que se ha hecho referencia?

La respuesta afirmativa no encuentra respaldo en otros elementos de juicio, distintos a la existencia de tales errores.

En providencias de 22 de octubre de 1945 (G. J. t. LIX, p. 998) y de 1º de febrero de 1949, (G. J. t. LXV, p. 420), dijo la Corte lo siguiente:

"El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos, contra las personas o las propiedades. En este sentido cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad. Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como todo delito (y salvo en caso de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento síquico, esto es, el dolo, que consiste, en ese evento, en la voluntad o propósito de 'cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos', 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 síquico debe aparecer suficien-

temente 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 presúmese, mayormente la de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciación, ni el error, demuestran, por sí solos, el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

Así, pues, el error, por sí solo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable, como en las providencias aludidas se ha dicho, que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

En la averiguación adelantada, como se dejó observado, no aparecen circunstancias distintas a la comprobación de los referidos errores en que incurrió la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, que permitan deducir ese propósito de los acusados de realizar una actuación contraria a las normas reguladoras de la actividad funcional, con el fin de perjudicar a una persona o a una propiedad.

La detenida y amplia investigación cumplida y que permitió ahondar en la búsqueda de esa particular intención, necesaria en el abuso de autoridad previsto en el artículo 171 del Código Penal, no ofrece un elemento de juicio suficiente para tenerla como demostrada. Y si la misma entidad de los errores cometidos pudiera arrojar alguna duda sobre un supuesto propósito de cumplir una actividad contraria a la facultad funcional, en los acusados, esa duda debe resolverse en favor de los mismos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, que manda que "toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla".

No debe perderse de vista, igualmente, que la equivocación en el procedimiento o en la forma de apreciar las normas que lo señalan para resolver un caso dado, no permite, por sí sola, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esta buena fe. Esa condición síquica de esta infracción penal (aun cuando no hace parte del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo—) obliga, cuando no resulta demostrada, no a cohonestar el proceder errado, sino a considerar que no es justo que cuando la equivocación del funcionario público no va acompañada de mala fe, se le pueda reprimir penalmente por abuso de autoridad. Es necesario que a más de las condiciones típicas de esta violación punible (cuerpo del delito), exista el elemento subjetivo, en este caso el dolo o propósito manifiesto de violar la ley.

Todo delito requiere un comportamiento típicamente antijurídico y culpable.

Sólo la conducta humana, de acción u omisión, que se acomode exactamente a una definición de la ley penal, es típica y consiguientemente antijurídica (salvo los casos de justificación del hecho). Mas para que sea delictuosa, requiere, además, que el actor obre culpablemente, esto es, que su conducta sea cumplida con intención —dolo—, o con negligencia o imprudencia, sin querer el resultado dañoso —culpa—.

El Código Penal colombiano desarrolla este criterio en sus artículos 11 y 12. Por tanto, es necesario para deducir responsabilidad penal contra alguien, lo siguiente:

a) Que su comportamiento encuadre en una definición del Código Penal, esto es, que reúna las condiciones que tipifican un delito.

b) Que el hecho sea antijurídico. Por tanto, que no aparezca justificada la conducta, en razón de alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad o que permiten estimar el comportamiento como jurídico.

c) Que exista "una acción psíquica que oriente y guíe la acción física" (Ferri), —salvo lo previsto en el artículo 29 del Código Penal colombiano—, es decir, que se dé la culpabilidad: dolo o culpa.

El dolo es la orientación de la voluntad a un fin ilícito. Y en el caso de abuso de autoridad, se repite, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto, que perjudique a una persona o a una propiedad.

El tratadista Luis Carlos Pérez dice que "no radica solamente en la arbitrariedad o en la injusticia, sino en que, por uno u otro medio, se atente contra las personas o las propiedades", ("Derecho Penal colombiano", Edit. "Temis", Bogotá, 1956, T. I., —parte especial— p. 221).

Así, pues:

Dada la ausencia de responsabilidad, por inexistencia de dolo en los hechos imputados a los doctores Moncayo, Price Gutiérrez y Quintero Delgado, es pertinente sobreseer definitivamente en su favor, con apoyo en lo previsto en el ordinal 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Los eventos de ausencia de responsabilidad, por no existir culpabilidad (como ocurre en este caso —dada la ausencia de dolo—), o porque el hecho se justifique, no están comprendidos en la norma del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, que únicamente se refiere a la inexistencia del hecho, o a que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como delito (esto es, que no encuadra en una definición punible, por ausencia de tipicidad en la conducta, como sería una sindicación de adulterio), o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse. Por tanto, no corresponde acceder a lo solicitado por el Ministerio Público y los procesados, sobre aplicación del citado artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en este caso.

En cuanto a la averiguación penal que el doctor Sarasty solicita a la Corte que ordene, corresponde enviar copia del auto del folio 415 bis y de las piezas que obran a los folios 418 a 439, al Juzgado Superior de Bogotá (reparto), para lo que sea del caso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

Primero. SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en favor de los doctores Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez, Alberto Quintero Delgado, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, con respecto a los cargos que les fueron hechos en este proceso.

Segundo. COMPULSAR las copias señaladas en la parte motiva de este auto, a fin de que se envíen al señor Juez Superior de Bogotá (reparto), para los fines ya anotados.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Pedro Ignacio Camacho, Conjuez.

Amadeo Rey, Secretario encargado.

SALVAMENTO DE VOTO

La providencia acordada por la mayoría de la Sala para calificar de mérito y con aplicación del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal el proceso seguido contra los doctores Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado —Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá— por el delito de abuso de autoridad, la respeto pero no la comparto, fundado en las consideraciones que a continuación expreso, con toda brevedad:

1ª La administración pública, como expresión orgánica y funcional del Estado, está constitucionalmente sujeta a la juridicidad en todos sus actos, no sólo en defensa de su propia existencia sino para seguridad de los asociados y preservación de los derechos y garantías de las personas.

2ª Cuando los actos cumplidos por los funcionarios públicos, máxime si pertenecen a la rama jurisdiccional del poder público, quebrantan la ley y de modo positivo contravienen los ordenamientos jurídicos que regulan la actividad estatal, por mandato de la Constitución y de la ley, surge la responsabilidad penal de esos funcionarios, en guarda y protección de la propia administración pública, en su decoro y prestigio, que pueden verse afectados con la conducta oficial de sus agentes.

3ª Los artículos 16, 20 y 51 de la Constitución están indicando con meridiana claridad que los funcionarios públicos, en su carácter de tales, sólo pueden hacer lo que la ley expresamente les permita, y que, por ende, toda conducta que sobrepase o contraríe el ámbito funcional, cae en la *arbitrariedad* o en el *abuso*. La estruc-

turación penal de esa conducta, en concreto, está condicionada al elemento moral, del cual depende que el hecho tome alguna de las denominaciones específicas contempladas en el Título que trata de los delitos contra la administración pública.

"El *bien jurídico* protegido —anota Mezger— es, en general, el ordenamiento estatal, pero en su dirección hacia adentro, dicho más exactamente, el bien jurídico protegido es la *corrección del desempeño del cargo* en el referido amplio sentido de la palabra. Sin duda, también juega un papel el 'valor del acto' de la acción (parte general, p. 94), pero lo que decide sigue siendo el interés *objetivo* en impedir los hechos que exponen a peligro o lesionan ese desempeño del cargo en sentido amplio. V. Liszt-Schmidt (815) estiman, no sin acierto, que lo que caracteriza los hechos punibles incluídos en este Capítulo es la circunstancia de que 'amenazan en última instancia la marcha de la administración del Estado'. Es digna de señalarse la exigencia de Binding (Lehrburh, II, 407) en apoyo de Oppenheim en el sentido de que 'el delito cometido en el ejercicio de funciones públicas esté vinculado en la forma más estrecha con el contenido de las funciones' y así, a la vez, con el bien jurídico *especial* que, de lo contrario, seguirá siendo lesionado o seguirá corriendo peligro; pero esto sólo nos muestra que *dentro* del bien jurídico *sintético* de la corrección del desempeño de las funciones, son posibles y convenientes otras diferenciaciones... Según Welzel (390), la esencia de estos delitos consiste en la circunstancia de que se cometen abusando de la autoridad, como violaciones del deber inherente a las funciones". (Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte Especial).

4ª Si la mayoría de la Sala admite en la motivación muy extensa y prolija del sobreseimiento definitivo acordado en el caso de autos, que las providencias dictadas por los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá, violaron manifiestamente normas reguladoras del procedimiento penal, es decir que fueron arbitrarias o contra derecho, y si de otra parte, como resulta evidente, fueron injustas, para descartar el *abuso de autoridad,* no es válido hablar de la ausencia de *dolo* o de duda en cuanto a este elemento moral.

Entre los delitos contra la administración pública aparecen compuestos con un dolo específico la concusión, el cohecho y el prevaricato, para citar los más definidos desde el punto de vista de la *intención* y del *fin.* Para el delito de *abuso de autoridad* el Código Penal colombiano apenas demanda: a) Que el hecho se cometa por el agente "con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas";

b) Que sea arbitrario o injusto, y c) Que vaya dirigido contra una persona o contra una propiedad. (C. P. Art. 171).

El *resultado* (daño o perjuicio a terceros) no es elemento constitutivo de la infracción, como tampoco que haya la intención positiva de inferir agravio, de obtener provecho o de favorecer a alguien. El llamado dolo genérico a que suele hacerse referencia en el delito de abuso de autoridad, dimana del *obrar voluntario* del agente, de la conciencia o conocimiento de ser su acto contrario a derecho, es decir, violatorio de la ley.

Si la conducta arbitraria e injusta no se informa en una equivocada interpretación de las disposiciones legales sino en el positivo desconocimiento de ellas o en su quebrantamiento, el delito de abuso de autoridad se tipifica, y no cabe abonar en favor del agente buena fe o móviles más o menos plausibles.

Y puesto que lo que el caso de autos ofrece es una violación manifiesta de preceptos inequívocos en materia de procedimiento penal por parte de los magistrados a quienes se imputa el delito de abuso de autoridad, las razones de la mayoría de la Sala para descartar la existencia del ilícito y proferir sobreseimiento definitivo, por muy respetables que personalmente las estime, no alcanzan a convencerme. Creo, por el contrario, que los presupuestos procesales son los del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal.

Bogotá, septiembre 7 de 1961.

Gustavo Rendón Gaviria.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VIOLENCIA CARNAL

Cuerpo del delito de violencia carnal. Alcance de la causal 2ª de casación. Interpretación del inciso 2º del artículo 316 del Código Penal. La libertad sexual es el bien que primordialmente protege la ley. Exención de responsabilidad en caso de error esencial de hecho. Causal primera.

1. El medio más adecuado y casi necesario para establecer el cuerpo del delito de violencia carnal, en su elemento del acceso carnal, es el reconocimiento médico pericial de la persona ofendida.

2. La causal segunda de casación hay que interpretarla en forma que no traspase los fines y naturaleza especiales de este recurso extraordinario. Esta Sala en relación con el alcance de esta causal, ha dicho que ella "se refiere al yerro extremo y evidente en materia probatoria, cometido por el Tribunal al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió, o al admitir que se realizó pero de modo distinto de la verdad.

"En el primer caso se crea lo que no ha acontecido; en el segundo se desconoce lo existente; y en el tercero, se muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o sobre un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

"Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues, de lo contrario, se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia; y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal para formar su criterio jurídico, sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto" (Casación del 21 de abril de 1955, G. J. Nº 2112).

3. Según el tenor literal del inciso segundo del artículo 316 del Código Penal, basta que se compruebe que se realizó un acceso carnal en un menor de catorce años para que el delito de violencia carnal tenga existencia legal y para que el responsable sufra la pena correspondiente señalada en dicha disposición, aunque no se trate de una mujer honesta y aunque la víctima del delito realmente hubiera prestado su consentimiento.

El inciso 2º del artículo 316 del Código Penal no consagra expresamente ninguna clase de presunción, pues su texto no habla de presunción de derecho ni legal, como generalmente se supone; esta norma únicamente señala de una manera general, las condiciones o requisitos de tipificación de una violencia carnal especialísima. Lo que ocurre es que el legislador para dictar dicha disposición seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor que no ha cumplido la edad que fija la ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento y madurez necesarios para obrar libre y conscientemente en la práctica de los actos sexuales.

4. El bien que primordialmente trata la ley de proteger en estos casos es la libertad y no la honestidad sexual como claramente se deduce de la calificación que el Código Penal le da al título XII del libro 2º en que está incluído el capítulo de la violencia carnal.

5. Cosa distinta es que el autor de una violencia carnal con una menor de catorce años quede exento de responsabilidad cuando se compruebe que aquél incurrió en un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia, en cuanto a la verdadera edad de la víctima.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

En sentencia de tres de septiembre del año pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, al confirmar, con alguna reforma, el fallo de primer grado proferido por el Juez Penal del Circuito de Garzón, aumentando la pena impuesta por este funcionario, condenó a Jesús Ramón Cuéllar a la pena principal de cincuenta y tres meses de prisión y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de violencia carnal cometido en perjuicio de las menores María Polo Murcia y Gloria Irene Orozco Chavarro.

Impugnada la sentencia del Tribunal en casación, por el defensor, fue presentada la correspondiente demanda ante la Corte, con fundamento en las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Agotado el trámite y contestada la demanda por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la Sala procede a resolver el recurso de casación, previo el examen de los motivos de impugnación propuestos contra la sentencia recurrida.

HECHOS:

Con fundamento en el testimonio del denunciante y las primeras declaraciones de las ofendidas, el señor colaborador Fiscal hace de los hechos que dieron origen a este proceso el siguiente relato:

"Conforme a lo declarado por los señores Telésforo Polo y Heliodoro Orozco y por las menores Elvia Polo Murcia, hija del primero de los nombrados, y Gloria Orozco Chavarro, hija del segundo (ver fs. 1, 6, 2 y 5, respectivamente del cuaderno 1º), se sabe que el acusado Jesús Ramón Cuéllar, valiéndose de cierta clase de engaños y promesas hechas a los padres de las citadas Elvia y Gloria, logró primeramente que Telésforo Polo accediera a que su hija Elvia, de trece a catorce años de edad, viviera en la casa de aquél, para lo cual ofreció costearle los estudios y el aprendizaje de un arte y aun pagarle cuarenta pesos ($ 40.00) mensuales, y una vez que dicha muchacha se hospedó allí, la sometió al acceso carnal con su consentimiento, acto que en adelante ejecutó reiteradamente, convirtiendo por eso mismo a la menor en una concubina suya. Lo propio hizo el procesado con respecto a Gloria Orozco, de once a doce años de edad, haciéndole creer a los padres de ésta que si deseaba que Gloria viviera en su casa de él, era con el fin de que le hiciera compañía a Elvia Polo, quien ya había sido víctima de sus designios venéreos.

"Así, pues, consiguió a la postre, convertir a las expresadas menores en amantes suyas que a un tiempo mismo eran objeto de sus depravadas urgencias masculinas.

"Todos estos hechos ocurrieron en los últimos meses del año de 1958 y primeros de 1959, en jurisdicción del municipio de Garzón".

LA DEMANDA

La demanda, que en su forma se ciñe a la técnica del recurso extraordinario de casación, principia por hacer un relato de los hechos, para luego, en capítulos separados, invocar las causales segunda y primera, ésta como subsidiaria y aquélla como principal.

Para fundamentar la causal segunda, el impugnador hace al fallo recurrido las siguientes acusaciones:

a) El Tribunal le dio un valor que no tienen a los dictámenes médico-legales, alegando que se "le hace decir a estos dictámenes lo que ellos no expresan, o sea, que quien poseyó carnalmente a las muchachas fue Ramón Cuéllar y que tuvo con ellas sucesivas relaciones sexuales que, dada su edad, constituyen violencias carnales presuntivas".

b) El Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas sobre el origen del proceso. Para fundar este reparo, el recurrente explica: "En Garzón se hallaban en una misión, varios fieles llevaron la especie al cura párroco de que Ramón Cuéllar vivía en concubinato con dos mujeres menores de edad, y hétenos aquí con las autoridades en movimiento para llevar a presidio en esta vida al criminal, mientras le llega el turno de purgar en el Averno sus 'negros e carbonientos' pecados de lujuria".

Dada la circunstancia del origen que tuvo el proceso, lo que aparece probado con las certificaciones del mismo cura párroco y del Alcalde, así como con el dicho de las menores ofendidas, el impugnador concluye, que esto "le quita to-

do su valor a las declaraciones del proceso".

Para llegar a semejante conclusión, después de reproducir las expresadas certificaciones y la parte pertinente de algunas declaraciones, en que las menores se retractan de la acusación que originalmente le hacen al acusado de ser el responsable de actos carnales con ellas cometidos, el impugnador da por sentado, que debido a que fue por iniciativa del señor cura que se dio principio a la investigación, quien obró movido por "las consejas de personas interesadas", las menores, "llevadas por temor reverencial ante el sacerdote y del producido por la atmósfera de maledicencia y reprobación de personas mojigatas, correvediles de las gentes de sotana" no les importó nada afirmar cualquier cosa "para no estrellarse con los molinos de viento que tenía ante sus ojos".

c) Que el Tribunal apreció erradamente las declaraciones de Telésforo Polo, María Emma Murcia de Polo, Elvia Polo Murcia, Gloria Orozco Chavarro y Heliodoro.

Para fundar este cargo el demandante después de reproducir los distintos testimonios de estas personas para hacer resaltar las contradicciones en que incurrieron las ofendidas y los padres de éstas, concluye que por esta causa sus dichos no merecen la credibilidad que les atribuye la sentecia acusada.

d) El último cargo que el demandante formula al fallo acusado con invocación de la causal segunda, lo hace consistir en que el Tribunal apreció erradamente las declaraciones de Jesús Ramón Cuéllar.

Para fundar este cargo reproduce las explicaciones que da el acusado en relación con su conducta observada con las menores Polo y Orozco, en las que niega el haber tenido relaciones sexuales con éstas, pero acepta que vivieron en su casa, dando cuenta de las andanzas amorosas de dichas menores con terceros, para concluír que el Tribunal se equivocó cuando con fundamento en el testimonio del acusado, sostiene que, "esa permanente convivencia y esos otros sucesos referidos por el procesado son otros tantos hechos de los cuales se infiere lógicamente sus íntimas relaciones sexuales con las menores".

Para concluír, el demandante, en orden a establecer los cargos propuestos, con fundamento en la causal segunda, razona de la siguiente manera:

"Solo faltó que la investigación hubiera sido completa, que se hubieran recibido los testimonios invocados con insistencia por el sindicado y su apoderado, para que las deducciones hechas en el fallo no aparezcan edificadas sobre el terreno deleznable de las meras sospechas, lo que permite calificarlo de injusto.

"Para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal que exista plena o completa prueba del cuerpo del delito y plena o completa prueba de la responsabilidad del acusado. En caso de duda, debe absolverse al sindicado, según lo establece el artículo 204 del mismo código, principio éste "de la más perfecta rectitud, templada prudencia y sabia humanidad", como con razón se ha dicho. Condenar con duda es simplemente cometer un delito. Como no se puede presumir el dolo, hay que decir que los dos magistrados que condenan erraron lamentablemente, como se lo demostró el magistrado disidente en salvamento de voto".

La causal primera de casación se invoca en la demanda por dos aspectos: 1º) Por ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación, pues estima que el Tribunal erró al interpretar la presunción del artículo 316, inciso 2º del Código Penal en cuanto establece: "A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años".

2º) Por ser la sentencia violatoria de la ley penal, *por indebida aplicación de la misma.* Con fundamento en este cargo el impugnador alega que el Tribunal erró al considerar que la violencia carnal repetida es un delito continuado, y que por tanto, no ha debido decretarse el aumento de cinco meses, como se hizo en la sentencia con aplicación del artículo 32 del Código Penal.

Para sustentar el primer cargo el recurrente trata de demostrar que es un error de derecho y de interpretación darle aplicación a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 316 del Código Penal, aun admitiendo que se hubieran probado las relaciones sexuales, pues en su concepto no basta esta circunstancia, aunque se trate de la edad menor de catorce años en la víctima del delito, cuando se establece que esta es deshonesta y "ya ha tenido relaciones carnales con otros hombres", pues "sería un absurdo, dice, 'considerar como delito el coito entre un hombre y una mujer menor de catorce años, en tales condiciones, porque no habría interés jurídico que tutelar ni presunción legal posible de ser establecida, por sustracción de materia' ".

En orden a demostrar esta original tesis y su aplicación a este negocio, el demandante principia por sostener que el artículo 316 inciso 2º no consagra una presunción de derecho, juris et

de jure, puesto que "la ley no dice expresamente que se rechaza la prueba en contrario ni que se trata de una presunción de derecho y que por lo tanto se trata de una presunción legal que admite pruebas que la invaliden".

Aparte de esta personal interpretación de la ley y con el propósito de completar sus argumentaciones el recurrente continúa sus razonamientos afirmando que lo que la ley defiende en el delito de violencia carnal es la honestidad, y que por lo tanto, "si el menor es un iniciado en la vida sexual, si no se le va a enseñar nada nuevo prematuramente, si ya ha tenido relaciones con otros hombres, sería una exageración pretender encontrar un delito en lo que solo puede ser una aberración, una falta moral, cualquier cosa distinta menos recomendable".

De todo lo anterior concluye el demandante, que en el presente caso y de acuerdo con las pruebas examinadas y aun admitiendo las relaciones sexuales entre el acusado y las ofendidas tiene aplicación su teoría, pues los dictámenes periciales indican que las desfloraciones son antiguas y los otros testimonios que cita, incluyendo los de las víctimas del delito, establecen en estas su falta de honestidad y sus relaciones sexuales con otros hombres.

Con el fin de demostrar que la sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, el recurrente razona de la manera siguiente:

"Me resisto a creer que llegue el caso de tener que estudiar esta causal, pues que las pruebas del cuerpo del delito y de la responsabilidad están ausentes del proceso, como creo haberlo demostrado.

"Mas para ese caso improbable, alego que el Tribunal erró al considerar que la violencia carnal repetida es un delito continuado: la pena 'debe aumentarse en cinco meses —dice— por cuanto el acusado incurrió en un delito continuado al poseer sexualmente y por repetidas veces a una y otra de las menores (art. 32 del C. P.)' ".

"Eso no es exacto: 'uno siente —dice Carrara— que ciertos delitos tienen ínsita y casi indispensable la repetición de actos positivos, cada uno de los cuales, por sí solo, sería un delito perfecto. ¿Se deberá escudriñar si el acusado de ultraje violento al pudor se limitó a un solo tocamiento, o puso reiteradamente la mano impúdica sobre la renitente doncella? ¿Se irá a buscar si el que subió sobre el árbol ajeno cogió una sola manzana... o tomó dos de ellas? ¿Si el que injurió o amenazó, profirió una sola palabra ofensiva o más de una? En verdad, los *actos* fueron *varios*, y cada uno de ellos tiene en sí cuanto se necesita para representar un delito *completo*. Pero se caería en el ridículo con esta rigurosa exactitud, haciendo equivaler la multiplicidad de los *actos* a la multiplicidad de las *acciones*, solo porque cada acto representa un delito completo' " (Programa, número 534).

"Lo mismo piensan otros muchos comentadores. El adulterio, donde existe, no es sino un solo delito, aunque los actos se repitan. Es que, como lo anota Alimena, el delito será constituído 'por la totalidad de la agresión a un derecho o a una regla de prudencia, y no por cada una de las cosas sobre las cuales recae materialmente el delito *o por cada uno de los momentos durante los cuales la agresión se desarrolla y se ejecuta*' " (Principios, tomo I, página 494).

"Así las cosas, la pena debe fijarse en unos 30 meses, según el artículo 317, ord. 3º del Código Penal, en su mínimo, aumentándolo en seis meses por el concurso real de que habla la sentencia, pues no hay probada circunstancia alguna de agravación ni de mayor peligrosidad".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de hacer una crítica razonada y metódica de los argumentos expuestos en la demanda, concluye por solicitar que no se case la sentencia materia del recurso, por cuanto estima que "el actor no pudo demostrar que el juzgador incurrió en un error de hecho consistente en una estimación falsa de lo que sucedió y producido por una 'interpretación equivocada de los medios de prueba practicados en el proceso', y porque tampoco 'se confronta aquí interpretación errónea o aplicación indebida de la ley, porque se considera que la pena principal impuesta por el *ad quem* al acusado, es legal y justa' ".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Causal segunda. Se estudiarán los cargos propuestos con invocación en esta causal y se analizarán los argumentos expuestos en la demanda con el propósito de sustentar dichos cargos, en el mismo orden en que lo hace el recurrente.

La acusación de que el Tribunal le dio a los dictámenes médico-legales un valor que no tienen, haciéndoles decir lo que no expresan, o sea, "que quien poseyó carnalmente a las ofendidas

Elvia Polo Murcia y Gloria Irene Orozco fue Ramón Cuéllar y que tuvo con ellas sucesivas relaciones sexuales que, dada su edad, constituyen violencias carnales presuntivas", no pasa de ser una simple enunciación, no demostrada, pues el Tribunal para establecer la responsabilidad del acusado no se atuvo únicamente a dichos dictámenes, ni les dio a éstos un valor probatorio que no tienen.

Según conclusiones del dictamen médico legista, las ofendidas, en la época en que fueron examinadas, o sea el 17 de julio de 1959, ya habían sido desfloradas con mucha anterioridad, pues el examen reveló que era antigua dicha desfloración, de muchos meses atrás, y con coitos numerosos a partir de ella, con respecto a la Polo, y con anterioridad a un mes en relación a la ofendida Orozco.

En relación con la edad de las menores ofendidas ella se comprobó, con respecto a Elvia Polo, con la copia de la partida de origen eclesiástico expedida por el Cura Párroco de Garzón, en la que consta que ésta nació el 2 de febrero de 1946. En cuanto a la menor Gloria Irene Orozco, como no fue posible obtener su registro de nacimiento o partida de bautismo, fue examinada por el médico legista, quien con fecha 15 de marzo de 1960, expuso:

"De acuerdo con su desarrollo general, estado de su sistema dentario, piloso, etc., se deduce que la mencionada muchacha, en el mes de noviembre de 1958, podía hallarse entre doce y trece (12 y 13) años de edad, aproximadamente".

Con relación a estas pruebas fue que el Tribunal estimó: "Está plenamente establecido el cuerpo del delito de violencia carnal cometido en Elvia Polo Murcia y Gloria Irene Orozco Chavarro pues, como se ha visto, el médico legista las halló desfloradas, lo que indica que habían sido poseídas sexualmente, y esa posesión es lo que tipifica dicho delito aun cuando hubiera sido consentida, pues eran menores de catorce años".

Es suficiente lo transcrito para ver que el Tribunal sí les dio a los dictámenes médicos el valor que debía darles, pues el medio más adecuado y casi necesario para establecer el cuerpo del delito de violencia carnal, en su elemento del acceso carnal, es el reconocimiento médico pericial de la persona ofendida.

El cargo de que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas sobre el origen del proceso, carece de eficacia en orden a establecer el error del Tribunal al estimar las pruebas, porque a éstas no se les "quita todo su valor" por la sola circunstancia de que fuera con ocasión de una misión religiosa y por insinuación del señor Cura Párroco de Garzón que se inició la investigación, como lo pretende el recurrente, pues si dicho sacerdote tuvo conocimiento por informes fidedignos, como éste lo explica, de que el acusado vivía en concubinato con dos menores de edad impúberes, su doble carácter de Ministro de la religión que éstas profesan y de ciudadano le imponía la obligación de poner en conocimiento de las autoridades, hechos contrarios a la moral y sancionados por el Código Penal.

En relación con los otros cargos que el recurrente formula a la sentencia acusada, con base en la causal segunda, o sea que el Tribunal apreció erradamente, las declaraciones de las ofendidas, de los padres de éstas y la del acusado, el señor Agente del Ministerio Público replica, con todo acierto, lo siguiente:

"No ha demostrado con mejores razones que la conclusión judicial a que llegó el *ad quem*, constituya un protuberante error, y, por lo mismo, apenas ha logrado oponer su personal criterio al del juzgador, sin que ello sea motivo suficiente para que la honorable Corte se vea precisada a proferir aquél en vez de respetar éste.

"Por lo demás y como se verá líneas adelante, el sentenciador sí dispuso de medios adecuados para adquirir un conocimiento seguro y claro de la responsabilidad de Jesús Ramón Cuéllar, como delincuente sexual, y esos medios probatorios tenidos en cuenta y que desde un principio formaron parte del informativo, subsisten en toda su eficacia, no obstante haberse producido a última hora las inaceptables retractaciones testimoniales en que tan decididamente se apoya el actor al demandar la infirmación del fallo.

"Ahora bien: como el señor demandante califica de inadmisible el hecho de que el Tribunal hubiera cimentado su decisión en los testimonios de cargo rendidos por las menores ofendidas, no obstante que éstas finalmente se retractaron de sus iniciales acusaciones, es el caso de reproducir aquí las consideraciones que al respecto se hizo el fallador, porque así podrá comenzarse a poner de manifiesto que sí tiene fundamento en la realidad la sentencia acusada, y a acreditarse también que los autores de la misma, aunque no lo crea el recurrente, sí entienden qué es "eso del criterio de la convicción racional". (fl. 29).

"Razonó de esta manera el honorable Tribunal:

"Entrando ahora al estudio de los testimonios rendidos por las menores tantas veces nombradas conviene consignar, en primer término, lo que en algunas providencias ha dicho la honorable Corte en relación con el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal:

"El artículo 701 del Código Judicial que ordena no darle crédito al testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones, no es aplicable en materia penal, porque en ésta la apreciación de los testigos no está sujeta a las pautas de aquel Código, sino a las propias de la materia, en la que prima el criterio de la persuación racional (art. 224 del C. de P. Penal). Y es que en lo civil le basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministren, mientras que en lo penal el juzgador debe buscar por sí mismo la verdad material, histórica o real de los hechos investigados". (G. J. Tomo LXXIV, pág. 209).

"La retractación no es por sí misma causal que destruya, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron; o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien la hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso" (LXXX, 139).

"Si se estudian con detenimiento las exposiciones de las menores por las cuales han pretendido retractarse de lo inicialmente declarado en contra del procesado, y se confrontan con las demás comprobaciones del proceso, se hace evidente que a ello las indujo un marcado interés en beneficio del acusado y que, por lo tanto, no fueron consecuencia de un acto espontáneo y sincero.

"Ya se ha visto, en efecto, cómo el procesado, en su indagatoria, pretendió insistentemente que en esa misma diligencia declarara nuevamente Elvia Polo, afirmando que tanto ésta como Gloria Irene estaban listas para retractarse. Y se ha visto también, porque ella así lo dijo, que fue don Angel Ramón, hermano del procesado, quien fue a llamar a Elvia para que concurriera a rendir su segunda exposición.

"De otra parte, son tan simples las explicaciones dadas por la Polo para pretender el demérito de su primer testimonio que, por sí solas, le restan seriedad y credibilidad a su retractación: que se 'envolató', que se 'enredó', que no explicó bien 'cómo era'; que por equivocación imputó al procesado el hecho de haberla sometido al acceso carnal, pues quien en verdad la había poseído sexualmente 'era un señor de por allá de Tres Esquinas de nombre Jesús Cuéllar..."

"Las mismas circunstancias se advierten en las dos nuevas declaraciones dadas por Gloria Irene. Así, en la segunda, concretamente manifestó que el contenido de su primera exposición correspondía exactamente a lo dicho por ella en esa ocasión; afirmó que el procesado no la había poseído de manera violenta, pues ella accedió voluntariamente a sus deseos; refirió detalladamente los actos deshonestos a que la sometió Cuéllar en una ocasión en que en el carro del mismo viajó con él. Esto no obstante, en su último testimonio rendido siete meses después del primero y seis meses después del segundo quiso negarlo todo sin otra explicación que la de haber sido inducida por su padre y por el presbítero Angel a declarar contra el procesado; y, cómo la Polo, acudió también, para explicar su desfloramiento, a esta simple afirmación: "...Yo no he tenido nada con don Jesús ni antes ni ahora. Pues el que me perjudicó fue un muchacho cuando yo estaba en la escuela, y fue cuando yo me bajé ahí a una zanja y en esa ocasión fue que me perjudicó..."

"Mas no solamente estas observaciones hacen inadmisible las retractaciones en referencia, sino que ellas no están acordes con algunas comprobaciones del proceso demostrándose así la inverosimilitud de lo afirmado últimamente por las ofendidas.

"Está demostrado que las dos precitadas menores convivieron permanentemente, por varios meses, bajo un mismo techo, con el procesado Jesús Ramón Cuéllar; éste, en su indagatoria y en frases que la Sala subraya en la reproducción que de ellas hace en este fallo, refiere algunos hechos que, indudablemente, llevan al ánimo del juzgador la convicción de que no fue simplemente un sentimiento caritativo o altruísta el que lo indujo a tomarlas bajo su protec-

ción. Entonces es obvio que esa permanente convivencia y esos otros sucesos referidos por el procesado son otros tantos hechos de los cuales se infiere, lógicamente, sus íntimas relaciones sexuales con las menores. Y si esto es así, forzosamente se concluye que las primitivas exposiciones de las ofendidas corresponden a la realidad y que por lo mismo esas declaraciones y los indicios en referencia constituyen plena prueba de la responsabilidad penal del acusado, tanto más si en cuenta se tiene otro hecho no menos expresivo, relatado por los padres de Elvia Polo, cual es el de que, después de la primera entrega de ésta hecha a aquéllos por el funcionario de instrucción el procesado se llevó nuevamente a dicha menor".

"Conocidos los fundamentos del fallo, deberá reconocerse que, con motivo de su pronunciamiento, el Tribunal de instancia por haberse ceñido a la pauta señalada por la jurisprudencia que cita, llevó a cabo 'un trabajo analítico de comparación' entre las diversas versiones dadas por las menores ofendidas, al cabo del cual, con sobrada razón le negó todo valor probatorio a las referidas retractaciones, por ser ellas obra del interés en mentir en favor del acusado Jesús Ramón Cuéllar, seguramente como consecuencia de nuevos halagos o promesas hechas por el victimario a sus víctimas, poco después de habérseles recibido a las niñas Elvia Polo Murcia y Gloria Orozco Chavarro las declaraciones visibles a los folios 2, 5 y 45 del cuaderno primero.

"Pero es que en la apreciación hecha de las mencionadas pruebas, que condujo a darle todo crédito a lo que inicialmente atestiguaron las menores en el sentido de señalar al procesado como el hombre que había logrado tener con ellas, en repetidas ocasiones, acceso carnal, el juzgador también tuvo en cuenta el criterio que aconseja seguir Francisco Gorphe cuandoquiera que se trate del caso de un testigo que se retracta de las acusaciones lanzadas anteriormente.

"En efecto, si el mencionado maestro habla de la necesidad de 'averiguar cuál de las declaraciones sucesivas merece mayor crédito', para lo cual aconseja que se compare uno y otro testimonio entre sí, y que, además, se confronten tales declaraciones 'con las demás pruebas o los hechos conocidos', (véase del autor citado su obra titulada 'De la apreciación de la Prueba', a las páginas 396 y 397), es lo cierto que dichas enseñanzas inspiraron la labor de crítica testimonial adelantada, puesto que a la postre vino a conocerse en autos el motivo que llevó a una y otra de las víctimas de los designios venéreos del imputado, a cambiar sus declaraciones, y se supo, igualmente, de las circunstancias en que tal cambio se produjo.

"A ese respecto, no sobra subrayar la forma cómo el procesado al rendir indagatoria, anunció con toda seguridad una futura retractación de los cargos que en un comienzo le habían hecho Elvia Polo y Gloria Orozco. Estaba cierto de que ésta y aquélla, al revocar lo dicho en su contra, le librarían de todo proceso o de toda incriminación, pudiendo así burlarse de la justicia.

"Y ese pronóstico de que las cosas sin duda cambiarían, porque su situación jurídica se modificaría, lo dio, no una sino varias veces.

"En efecto, puede leerse al folio 28 vuelto lo siguiente:

"Preguntado: ¿Diga usted, si sabe qué persona sea la que habiendo contratado a Elvia Polo para el servicio en su casa de esta ciudad, haya ejecutado con ella actos carnales en forma continua? contestó: No sé, puesto que los únicos de que he sabido por boca de la misma Elvia, son las mismas personas que he citado. Y pido que: se le pregunte a la misma Elvia en este momento si yo he hecho uso de ella o no y además que a ella le consta que tampoco he hecho uso de la otra muchacha llamada Gloria, tanto porque ellas duermen en la misma pieza juntas, como porque la misma Gloria le contó a Elvia de que yo no hacía uso de ella, lo que solicito que como aquí está lista para declarar, se le reciba en este instante para que se aclare este punto en forma concreta, *ya que ella está lista a hacerlo*". (Subraya el copista).

"Y al mismo folio citado, y porque el instructor le pide que explique por qué Elvia Polo ha afirmado que Jesús Ramón Cuéllar la poseyó carnalmente en diversas ocasiones, habiendo ella sentido en la primera vez 'mucho dolor en sus partes genitales', el consabido anuncio lo repite, expresando esto:

"...me es extraño que haya respondido en esa forma puesto que en primer lugar como queda dicho, Elvia cuando vino donde mí, era ya mujer de mundo y por otro lado que yo no he hecho uso de ella en ese sentido, puesto que ella me manifestó que como eso no era evidente estaba lista a declararlo *y por eso está lista aquí al pie de la oficina para sostenerlo*". (fl. 29) (subraya el copista).

"Valiéndonos de una expresión empleada en la demanda, aquí sí que podría decirse que 'la persona más desprevenida', al conocer las ex-

plicaciones del acusado, fácilmente conjeturaría que Jesús Ramón Cuéllar convenció a su antigua concubina y sirvienta, a fin de que rectificara todo lo dicho en su contra, y uniendo a lo convenido la acción, ni corto ni perezoso procuró que la incauta muchacha, por permanecer cerca del Despacho del Instructor cuando el acusado rendía indagatoria, 'estuviera lista' a sostener que ella había mentido inicialmente y que, en cambio, el acusado era absolutamente veraz e inocente.

"Se repite que el acusado abrigaba la certidumbre de que las dos niñas a quienes violó carnalmente, le sacarían adelante al declarar nuevamente.

"Sin embargo, sus cálculos, con relación a Gloria Irene Orozco, inicialmente fallaron, pues esta menor, al testificar por segunda vez, se ratificó en sus acusaciones y con gran propiedad supo absolver el interrogatorio a que la sometió su violador, diciendo, entre otras cosas, que accedió a las propuestas libidinosas que le hiciera este último, por cuyo motivo entre los dos verificaron el ayuntamiento carnal, habiendo sentido un poco de dolor, en la primera ocasión (fls. 45 a 47 del cuad. 1º)".

Sería superfluo que la Sala hiciera un nuevo estudio acerca de la estimación que de las pruebas del proceso hizo el Tribunal, y de los argumentos expuestos por el recurrente para sustentar la causal segunda, aparte de lo que se deja transcrito de la réplica del señor Procurador Delegado en lo Penal, pues con dicha réplica claramente se establece que lo único que logró aquél fue contraponer su personal criterio de apreciación de las pruebas del proceso al criterio de los jueces de instancia, sin lograr demostrar que estos incurrieron en un error protuberante y manifiesto en esta materia, pues la causal segunda de casación hay que interpretarla en forma que no traspase los fines y naturaleza especiales de este recurso extraordinario.

Esta Sala, en otra oportunidad, y en relación con el alcance de la causal segunda, ha dicho que ella "se refiere al yerro extremo y, evidente, en materia probatoria, cometido por el Tribunal al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió, o al advertir que se realizó pero de modo distinto de la verdad.

"En el primer caso se crea lo que no ha acontecido; en el segundo se desconoce lo existente; y en el tercero, se muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o sobre un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

"Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues, de lo contrario, se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia, y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal para formar su criterio jurídico, sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto" (Casación del 21 de abril de 1955, G. J. Nº 2112).

El hecho de que las ofendidas se hubieran retractado tardíamente de la imputación que le hicieron en su primera declaración al señor Ramón Cuéllar, de haber abusado carnalmente de ellas, no es razón suficiente para suponer que el Tribunal incurrió en un notorio error al tener como cierta dicha imputación, pues ya se vio cómo en la sentencia acusada el *ad quem* sí hizo un análisis crítico y comparativo de los distintos testimonios de las menores ofendidas, aplicando en ello un razonable criterio sobre la apreciación de estas pruebas y de los otros testimonios que le sirvieron de fundamento y motivación para deducir la responsabilidad del acusado.

Por lo expuesto se concluye que la causal segunda no puede prosperar.

Causal primera. 1º Violación de la ley penal por errónea interpretación.

Este primer cargo lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal se equivocó al dar aplicación en el fallo acusado a lo dispuesto en el artículo 316, inciso segundo del Código Penal, en cuanto establece: "A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce".

Este cargo, como se vio, trata de sustentarlo el recurrente, con las argumentaciones de que la disposición citada no establece una presunción de derecho sino una simple presunción legal, que admite prueba en contrario; que lo que aquí defiende la ley es la honestidad y que si la presunta víctima es deshonesta y ya ha tenido relaciones carnales con otros hombres, "sería un absurdo considerar como delito el coito, entre un hombre y una mujer menor de catorce años, en tales condiciones, porque no habría interés jurídico que tutelar ni presunción legal posi-

ble de ser establecida, por sustracción de materia; que aun admitiendo las relaciones sexuales entre el acusado y las ofendidas, a aquél no puede aplicársele la sanción establecida por el artículo 316 del Código Penal porque "hay que convenir en que eran veteranas en esas lides y sus padres unos alcahuetes".

La interpretación que en este caso pretende darle el impugnador al artículo 316 del Código Penal, está en desacuerdo con lo dispuesto por este texto legal, por la doctrina y la jurisprudencia, pues según el tenor literal del inciso segundo de dicho artículo, basta que se compruebe que se realizó un acceso carnal en un menor de catorce años para que el delito de violencia carnal tenga existencia legal y para que el responsable sufra la pena correspondiente señalada en dicha disposición, aunque no se trate de una mujer honesta y aunque la víctima del delito realmente hubiera prestado su consentimiento.

El inciso 2º del artículo 316 del Código Penal no consagra expresamente ninguna clase de presunción, pues su texto no habla de presunción de derecho ni legal, como generalmente se supone; esta norma únicamente señala de una manera general, las condiciones o requisitos de tipificación de una violencia carnal especialísima. Lo que ocurre es que el legislador para dictar dicha disposición seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor que no ha cumplido la edad que fija la ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento y madurez necesarios para obrar libre y conscientemente en la práctica de los actos sexuales.

Por otra parte, el bien que primordialmente trata la ley de proteger en estos casos es la libertad y no la honestidad sexual como claramente se deduce de la calificación que el Código Penal le da al título XII del Libro 2º en que está incluído el capítulo de la violencia carnal.

Cosa distinta es que el autor de una violencia carnal con una menor de catorce años quede exento de responsabilidad cuando se compruebe que aquél incurrió en un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia, en cuanto a la verdadera edad de la víctima, caso que no es el contemplado aquí, pues ni siquiera fue propuesto por la defensa.

El segundo cargo formulado con invocación de la causal primera por indebida aplicación del artículo 32, que consagra lo que se denomina delito continuado y un aumento de pena, y que la sentencia aplicó por estimar que el acusado al poseer sexualmente y por repetidas veces a una u otra de las menores ofendidas debe responder por esta clase de delincuencia, sí prospera, pues la cita que se hace de Carrara tiene adecuada aplicación, en este caso, ya que aunque los actos carnales realizados por el acusado en cada una de las víctimas fueron varios, según éstas lo testimonian y según se deduce de los dictámenes médico legales, no se puede hacer equivaler la multiplicidad de dichos actos con la multiplicidad de las acciones delictuosas, dada la situación en que ellos se consumaron y la permanente y continuada dependencia en que por algún tiempo se encontraron las víctimas del delito en relación con el acusado, viviendo y sirviendo en su casa.

Como según lo expuesto, prospera el cargo formulado a la sentencia acusada, por el aspecto de ser violatoria por indebida aplicación del artículo 32 del Código Penal, dicho fallo se invalidará parcialmente con el fin de reformarlo para deducir el aumento de cinco meses que por este concepto se hizo en él, debiendo, por lo tanto, fijarse la pena principal en cuarenta y ocho meses de prisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, INVALIDA parcialmente la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva contra Jesús Ramón Cuéllar y en su lugar condena a éste, a:

1º La pena principal de CUARENTA Y OCHO MESES DE PRISION que purgará en el establecimiento carcelario que designe el Gobierno Nacional;

2º La interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; a la suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, si los tuviere;

3º La indemnización, in género, de todos los perjuicios que haya causado a las víctimas del delito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN CASO DE CONDENA IN GENERE DERIVADA DE SENTENCIA PENAL

Reproche al legislador por la forma como reglamentó la casación en lo tocante a la indemnización de perjuicios causados por un hecho delictuoso. Facultades de la parte civil dentro del proceso penal. Prueba pericial para el avalúo de los daños y perjuicios provenientes del delito. Elementos probatorios adecuados para liquidarlos. Procedimientos para la liquidación de los perjuicios a que se refiera la condenación en abstracto.

1. La Corte no puede menos de formular un reproche al legislador por la forma como reglamentó la casación en lo tocante con la materia de la indemnización de perjuicios que se deriven de la ejecución de un hecho delictuoso, porque al proveer para dar cabida a la parte civil acreditada en el proceso a interponer el recurso en el cual regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación civil, se incurrió en desviación frente a postulados doctrinarios reconocidos en la reforma penal operada en el país con los estatutos vigentes, y, además, se cometió un error de técnica jurídica, por cuanto fue desconocido en esta reglamentación el principio de la autonomía del proceso penal en relación con el civil, que lleva direcciones opuestas y aun antagónicas en no pocos puntos, lo que hace que no puedan confundirse, así se trate de materias pertenecientes por su índole a derechos privados, que pueden y deben ser reconocidos por el Juez penal, ya que se derivan de la ejecución de un delito, como inicialmente fue estructurado en el Código Penal, desvertebrándose el sistema en el estatuto procesal y en reformas antitécnicas posteriores.

2. Los juzgadores de instancia se vieron compelidos a condenar in génere, en abstracto, porque no encontraron dentro del proceso elementos de juicio suficientes para hacer una condenación de distinta índole o sea una cantidad líquida que concretara el quantum o monto de la indemnización de perjuicios, toda vez que la parte interesada no propuso los medios adecuados para señalarla, dentro de las atribuciones que la ley le confiere, porque desestimó u olvidó la norma contenida en el precepto del artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, que señala las facultades de la parte civil dentro del proceso penal, cuyos derechos extiende, aparte de otras materias allí enumeradas, a solicitar pruebas para fijar "la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado".

3. La prueba pertinente en el caso, no podía ser otra que la pericial, ya que por virtud de la subrogación que el artículo 52 de la Ley 4ª de 1943 hizo del artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, la facultad que esta disposición concedía al Juez para designar "el perito o peritos que deben avaluar los daños y perjuicios civiles", que era oficiosa, se convirtió en razón de dicha reforma en potestativa, pues al texto original se adicionó la expresión "solicitud de alguna de las partes", lo cual quiere decir que cuando no se formula dicha petición, no puede producirse la prueba pericial para el avalúo de los daños y perjuicios provenientes del delito.

4. Ni el Tribunal falló en contra de las pretensiones aducidas por las partes, ni tampoco pudo condenar a una cantidad líquida porque careció de elementos probatorios adecuados para hacerlo, que no los suministró oportunamente la parte interesada. Luego dos de los pedimentos de la demanda, así formulados, no tienen consistencia como para invalidar el fallo recurrido. No hubo violación alguna de los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, ni del ar-

tículo 112 del Código de Procedimiento Penal, ni tampoco del 159 de la misma obra, porque la sentencia se ciñó estrictamente a ese texto cumpliéndolo en la forma que las circunstancias indicaban.

El artículo 593 del Código Judicial sí que verdaderamente no resulta infringido en modo alguno, porque si no se apreciaron ciertas pruebas, fue por negligencia de la parte interesada en hacerlas producir cuando procesalmente tuvo oportunidad para ello. "Las normas —dice la Sala Civil de la Corte— que informan todo nuestro sistema probatorio indican que a los litigantes les corresponde determinar y elegir el modo legal que estimen conveniente para demostrar los hechos o actos jurídicos sobre que versa la materia de la controversia..."

Tampoco pudo violarse el artículo 553 del Código Judicial porque a pesar de haber advertido claramente el Juez de la primera instancia que la liquidación de los perjuicios "habrá de hacerse ante el mismo Juez del juicio por los trámites del artículo 553 del Código Judicial (subraya la Sala), la parte civil constituída dentro del proceso penal desoyó esta oportuna advertencia y no hizo nada por producir la prueba que sirviera de base para condenar en concreto, es decir por un quantum determinado, el valor de los perjuicios que pudo causar la infracción, ya que por no ser oficiosa la facultad para nombrar peritos que antes existían, y por no haber intervenido en ello el Ministerio Público, la única que podía hacerlo dentro de la ley era la parte interesada.

5. Sobre el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal que adicionó la demanda a las disposiciones que pretende infringidas, hay que decir que esta disposición apenas hace referencia a que dentro del proceso penal se ejercerá la acción civil para el resarcimiento del daño causado por el delito por la persona o personas perjudicadas o sus herederos y es obvio que al proponerse tal acción en este proceso, se hizo uso de la facultad, lo que no entraña ninguna violación, pues en modo alguno puede existir ésta cuando se ejercen los derechos reconocidos en la ley.

6. En cuanto al procedimiento a seguir para la liquidación de los perjuicios a que se refiere la condenación en abstracto, ha dicho la Sala Plena de la Corte lo siguiente: "Cómo es desacertada por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por perjuicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena. Pues el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal enseña "que son aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidos en el Código de Procedimiento Civil". Y el artículo 550 de esta última obra establece que 'el juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a qu'en corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia'. Pero, como en el caso de condena en abstracto, la regulación del quantum no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (art. 553 del Código de Procedimiento Civil), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado a hacer la correspondiente regulación, y el Juez civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente". (Sentencia del 6 de diciembre de 1951, Sala Plena. "Gaceta Judicial". Tomo LXX, págs. 726 y ss.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre once de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 19 de octubre de 1960, el abogado de la parte civil admitida en el proceso interpuso el recurso extraordinario de casación.

En dicho fallo se impusieron a Bernabé García Quintero la pena principal de 16 meses de presidio, e incorporales anexas, a la vez que al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados por el delito, sin expresar la persona determinada que debía gozar de dicho pago, pues no

se hizo el avalúo del quantum o suma líquida durante las etapas procesales en donde se fijara el monto de ellos.

García fue condenado por el delito de homicidio en la persona del señor Jesús Zambrano Rueda, hecho ocurrido el día 21 de septiembre de 1959, en el paraje denominado "Tres Esquinas", del Municipio de Piedecuesta.

DEMANDA:

Esta desde el punto de vista formal reúne las exigencias legales, pues el libelo advierte, de manera expresa lo siguiente:

"Por cuanto se trata de una sentencia condenatoria, en cuanto la providencia del honorable Tribunal Superior condenó al procesado a la pena privativa de la libertad, aceptando al mismo tiempo que se obró en exceso de legítima defensa al darle muerte violenta al señor Jesús Zambrano Rueda, esta demanda versará únicamente sobre perjuicios, ya que la parte civil no tiene derecho a este recurso para atacar la sentencia por el aspecto penal". Y en otro lugar del libelo dice: "Repito que haré uso de este recurso únicamente en lo que se refiere a la condenación en perjuicios, hecha en abstracto tanto por el Juzgado Segundo Superior como por el honorable Tribunal Superior de Bucaramanga".

El recurrente hace en seguida un resumen completo de los hechos desde el ángulo del punto de vista que mejor se acomoda a sus pretensiones, con ligeras alusiones relativas al veredicto y la condena, que no inciden para nada en el recurso, como el propio autor lo admite, porque técnicamente hablando, como lo expresa el señor Procurador, no corresponde a la clase de casación que se tramita, desde luego que tales hechos no son "materia de la controversia".

El capítulo único de la demanda lo destina el recurrente al estudio de los elementos jurídicos que le sirven de fundamento a la impugnación de la sentencia, los que encuentra en el numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial Civil, sin duda porque como lo previene el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, cuando el recurso se interpone en lo referente a la indemnización de perjuicios, "regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles".

"Ataco la sentencia —dice la demanda— por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por la parte civil dentro del proceso. Resultan violados los artículos 2341 y 2342 del Código Civil y el artículo 112 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 159 del mismo Código de Procedimiento Penal, el artículo 593 del Código Judicial y el artículo 553 de esta última obra. Además, el artículo 24 del mismo Código de Procedimiento Penal".

Hace en seguida otras consideraciones, en orden a señalar dos motivos adicionales a la demanda, el primero, letra a), relativo a que tiene el carácter de apoderado del señor Euclides Zambrano, hermano legítimo del occiso, señor Jesús Zambrano. "En tal virtud, —dice— seguí representando a la parte civil después de la actuación de un primer abogado... al condenar el honorable Tribunal a pagar, en abstracto, los perjuicios civiles ocasionados con el delito, no tuvo en cuenta la demanda presentada por la parte civil, pues no lo condenó a pagarle a Euclides Zambrano —demandante— y ni siquiera hizo mención de tal demandante. El segundo de aquellos motivos, letra b), lo hace consistir en que según los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, quien ha cometido un delito está obligado a pagar los perjuicios civiles derivados de él y que constituída la parte civil esa obligación es la de pagárselos a determinada persona, o sea la que se constituyó como tal, según los artículos 24 y 112 del Código de Procedimiento Penal.

Pero para mejor comprensión de los puntos de vista de la demanda, resulta conveniente la transcripción literal de los fundamentos en que la apoya, comprendidos en las letras c) y d):

c) "El honorable Tribunal, al condenar a Bernabé García Quintero al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción penal, no lo condenó a pagárselos al señor Euclides Zambrano, su hermano, constituído en parte civil legalmente dentro del proceso, por lo cual es evidente que desconoció los artículos que acabo de señalar. En efecto, de conformidad con el artículo 2342 del Código Civil, la indemnización puede pedirla determinada persona y no cualquiera. Los artículos 24 y 112 del Código de Procedimiento Penal determinan qué personas pueden constituírse en parte civil, pues no se trata de un derecho genérico para todos los ciudadanos, sino de un derecho concedido a las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito o a sus herederos.

d) "En tal virtud, como la ley, en una litis, exige que haya un demandante y un demandado, la sentencia que resuelva aquélla debe condenar a fulano —si se trata de un fallo condenatorio— a pagarle a zutano, pero no únicamente a pagar en general. Es evidente que, si en

este proceso, no se hubiera constituído ninguna parte civil, el honorable Tribunal no hubiera podido condenar al sindicado a pagarle a determinada persona, a menos que la acción civil, que deben llevar de oficio las autoridades, se hubiera adelantado con todos sus requisitos, hasta determinar las personas perjudicadas y avaluar plenamente los perjuicios, etc. Pero, como aquí sí se constituyó el señor Euclides Zambrano en parte civil, a favor de él ha debido hacerse la condenación en perjuicios, pues lo contrario es ignorar en la sentencia a una de las partes legalmente constituída en el proceso. Se formuló, pues, una demanda de parte civil, se dedujeron pretensiones en ella, concretadas a lo largo del proceso, pero en la sentencia de segunda instancia se ignora a mi demandante, que es mi representado, por lo cual ni siquiera se cumplieron los requisitos que en una sentencia exige el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, ordinal 6º, que impone al Juzgador la obligación de condenar en perjuicios a quienes resultaren civilmente responsables, y a fijar la cuantía de dichos perjuicios''.

Agrega además que se falló en contra de las pretensiones de las partes ya que no se tuvo en cuenta a la parte civil constituída en el proceso ni tampoco la sentencia se refiere directa o indirectamente a la demanda de dicha parte, para aceptarla o rechazarla.

Concluye:

Solicito: a) ''Casar la sentencia en el sentido de indicar a favor de quién se hace la condenación de pagar perjuicios; b) Por qué no se condena a pagar perjuicios en suma líquida, y c) Qué procedimiento debe seguirse para la liquidación de los perjuicios a que se refiere la condenación en abstracto''.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al contestar la demanda con su acostumbrada sindéresis, hace un detenido y jurídico estudio de las tesis de la demanda, para solicitar a la Corte ''que NO CASE la sentencia que ha sido acusada''.

La Sala expondrá el pensamiento de su distinguido colaborador a medida que lo considere útil a los fines y conclusiones de la decisión que haya de recaer sobre el recurso interpuesto.

SE CONSIDERA:

La Corte no puede menos de formular, como ya lo hizo en otra oportunidad, un reproche al legislador por la forma como reglamentó la casación en lo tocante con la materia de la indemnización de perjuicios que se deriven de la ejecución de un hecho delictuoso, porque al proveer para dar cabida a la parte civil acreditada en el proceso a interponer el recurso en el cual regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación civil, se incurrió en desviación frente a postulados doctrinarios reconocidos en la reforma penal operada en el país con los estatutos vigentes, y, además, se cometió un error de técnica jurídica, por cuanto fue desconocido en esa reglamentación el principio de la autonomía del proceso penal en relación con el civil, que lleva direcciones opuestas y aun antagónicas en no pocos puntos, lo que hace que no puedan confundirse, así se trate de materias pertenecientes por su índole a derechos privados, que pueden y deben ser reconocidos por el Juez penal, ya que se derivan de la ejecución de un delito, como inicialmente fue estructurado en el Código Penal, desvertebrándose el sistema en el estatuto procesal y en reformas antitécnicas posteriores.

Con todo, la Sala estudiará la casación interpuesta por el señor apoderado de la parte civil en este proceso, ciñéndose a las normas legales que así lo disponen, advirtiendo que lo hará concretándose a las causales de estricto contenido civil que en manera alguna afecten los problemas relacionados con la responsabilidad y el delito, por estar éstos excluídos en forma expresa del recurso.

La tesis esencial de la demanda al invocar la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial se concreta a pretender que la sentencia recurrida en lo relativo a la indemnización de los perjuicios no está ''en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte civil dentro del proceso'', todo porque no se indicó en favor de quién se hizo la condenación al pago de ellos ni se efectuó la liquidación en suma concreta de los mismos.

Para proceder con método conviene conocer cuáles fueron las pretensiones de la parte civil reconocida en el proceso. La transcripción de la demanda respectiva, contenida en la parte petitoria, fija con exactitud esas pretensiones. Dice, después de enumerar los motivos de hecho:

"PETICIONES:

a) "Que en la oportunidad procesal pertinente, se declare que el señor Bernabé García, de las condiciones civiles antes anotadas, es responsable de haber dado muerte al señor Jesús Zambrano.

b) "Que como consecuencia de la declaración anterior, el señor Bernabé García está obligado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados con el delito.

c) "Que tengo personería para actuar dentro de este sumario y en el juicio, como apoderado de la parte civil".

Señala luego la demanda los perjuicios, en la siguiente forma:

"Los de orden material surgen de la edad de la víctima, de su productividad actual y la futura y de otras circunstancias similares que oportunamente serán demostradas y los estimo desde ahora en la suma de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000.00). En cuanto a los de orden moral, dadas las circunstancias, dejo al criterio del Juzgador su determinación de conformidad con el artículo 95 del Código Penal.

"En derecho me fundamento en los artículos 24-112 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 95 del Código Penal (Fs. 2 del cuaderno de la parte civil).

La demanda fue dirigida al señor Alcalde Municipal de Piedecuesta y acogida favorablemente por dicho funcionario, por auto de fecha 29 de septiembre de 1959, porque como reza su único considerando, "se halla ajustada en todas y cada una de sus partes, a la disposición que para esta clase de demandas exige el Código de Procedimiento Penal" (Fs. 8 y vto. del mismo cuaderno).

La litis fue trabada en forma concreta de la manera que se acaba de transcribir. Ella señala las pretensiones de las partes y la persona que considera tener personería legal para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios, que es el señor Euclides Zambrano, hermano de la víctima, en cuyo nombre habló en el proceso el doctor Ciro E. López Mendoza, abogado reconocido y posesionado para actuar como patrono judicial de la parte civil. (Fs. 6 del cuaderno correspondiente).

Ahora bien, en la sentencia de primer grado dijo el Juez:

"Como no existen elementos de juicio con qué avaluar los perjuicios ocasionados por el delito, *se condenará, en abstracto, al pago de ellos, advirtiendo que su liquidación habrá de hacerse ante el mismo Juez del juicio penal por los trámites del artículo 553 del Código Judicial*". (Fs. 68 del cuaderno 3º. Subraya la Corte).

El Tribunal Superior, al confirmar la sentencia condenatoria, dijo por su parte:

"Las penas accesorias fueron aplicadas correctamente *y lo mismo la condenación por daños y perjuicios civiles*. (Las subrayas no son del texto. Fs. 27 del cuaderno 4º).

"Lo jurídico —dice la Corte— cuando no se haga el avalúo de los daños civiles causados por la infracción, es hacer una condenación *in género* o en abstracto, para que los interesados los hagan justipreciar por separado". (Art. 92 C. P.; G. J. Tomo LX, pág. 513).

Se tiene, pues, por lo dicho que los juzgadores de instancia se vieron compelidos a condenar *in género*, en abstracto, porque no encontraron dentro del proceso elementos de juicio suficientes para hacer una condenación de distinta índole o sea una cantidad líquida que concretara el *quantum* o monto de la indemnización de perjuicios, toda vez que la parte interesada no propuso los medios adecuados para señalarla, dentro de las atribuciones que la ley le confiere, porque desestimó u olvidó la norma contenida en el precepto del artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, que señala las facultades de la parte civil dentro del proceso penal, cuyos derechos extiende, aparte de otras materias allí enumeradas, a solicitar pruebas para fijar "la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado".

Una de esas pruebas, la pertinente en el caso, no podía ser otra que la pericial, ya que por virtud de la subrogación que el artículo 52 de la Ley 4ª de 1943 hizo del artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, la facultad que esta disposición concedía al Juez para designar "el perito o peritos que deban avaluar los daños y perjuicios civiles", que era oficiosa, se convirtió en razón de dicha reforma en potestativa, pues al texto original se adicionó la expresión "solicitud de alguna de las partes", lo cual quiere decir que cuando no se formula dicha petición, no puede producirse la prueba pericial para el avalúo de los daños y perjuicios provenientes del delito.

Con sobra de razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al comentar la parte petitoria de la demanda formulada por la parte civil, expresó:

"Ninguna otra actuación se comprueba en el proceso que hubiera tenido la parte civil, a fin

de comprobar la cuantía unilateralmente fijada en $ 30.000.00, moneda corriente, y esa estimación que hizo la parte civil en la expresada suma, constituye la única circunstancia que se ha tenido en cuenta para admitir el recurso interpuesto, conforme a la jurisprudencia sentada por la honorable Corte en relación con el monto de la indemnización de los perjuicios.

"De otra naturaleza son las otras intervenciones de la parte civil de que el proceso habla. Esas otras actuaciones constan en las actas de las audiencias verificadas, y ellas persiguieron como fin exclusivo, en la primera instancia, la demostración de la responsabilidad y culpabilidad del procesado. En la segunda instancia, aparece como actuación de esa misma parte el interesante memorial de folio 8 del cuaderno 4º, con el cual se pretendió únicamente que fuera declarado contraevidente el veredicto, no habiéndose hecho referencia alguna a la indemnización o condenación en perjuicios. Con posterioridad a la sentencia, la parte civil, en su escrito del folio 34, ib., procedió a obtener el embargo de bienes que respondiesen de la condenación en perjuicios.

"Por su parte, el Ministerio Público en modo alguno reclamó la indemnización aludida". (Fs. 24 y 25 del cuaderno de la Corte).

"La utilidad que la víctima o perjudicado —ha dicho la Sala Civil de la Corte— puede derivar de una sentencia penal *en que se haya hecho condena en abstracto* (no subraya el texto) e indemnizar los perjuicios causados, está subordinada a la eficacia del esfuerzo probatorio que tiene que cumplir en el juicio de ejecución de esa sentencia para dar realidad a la reparación, corporizándola, por decirlo así, en una cantidad líquida, porque el perjuicio tiene que demostrarse como cosa cierta y real en acción para la efectividad de la responsabilidad, ya que si de lo que se trata es de reparar, lógicamente hay que averiguar qué es lo que se va a reparar y la magnitud de la reparación. Así, pues, si al cabo y sobre la labor probatoria a que está obligado el demandante en la ejecución de una sentencia, no puede el Juez dar contenido cuantitativo a la obligación de indemnizar, declarada en forma abstracta, procesalmente debe sobrevenir la absolución del demandado". (Sala Civil, "Gaceta Judicial", Tomo LXI, números 2040-41, pág. 392).

También resultan muy pertinentes para el caso estas doctrinas de la Sala Civil, con relación a la causal segunda invocada:

"Reiteradamente ha expuesto la Corte que el que se dejen de aplicar disposiciones legales pertinentes al caso, el que se hayan aplicado las que no son, son motivos improcedentes dentro de la causal segunda, que contempla el caso de la incongruencia o desarmonía entre lo pedido y lo fallado". (G. J. Tomo LX, pág. 164).

"La causal segunda de casación sólo procede cuando se han resuelto puntos ajenos a la controversia, pero nunca cuando el Tribunal haya considerado la condición *sub-júdice* de manera diferente a como la apreció alguna de las partes litigantes, o porque se hubiera abstenido de decidir de acuerdo con los puntos de vista expuestos por alguna de ellas". (G. J. Tomo LXXVII, pág. 430 y LXXVIII, pág. 101. Tomada compilación Ortega Torres, edición 1960).

Por donde se concluye que ni el Tribunal falló en contra de las pretensiones aducidas por las partes, ni tampoco pudo condenar a una cantidad líquida, porque careció de elementos probatorios adecuados para hacerlo, que no los suministró oportunamente la parte interesada. Luego dos de los pedimentos de la demanda, así formulados, no tienen consistencia como para invalidar el fallo recurrido. No hubo violación alguna de los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, ni del artículo 112 de Código de Procedimiento Penal, ni tampoco del 159 de la misma obra, porque la sentencia se ciñó estrictamente a ese texto cumpliéndolo en la forma que las circunstancias indicaban.

El artículo 593 del Código Judicial sí que verdaderamente no resulta infringido en modo alguno, porque si no se apreciaron ciertas pruebas, fue por negligencia de la parte interesada en hacerlas producir cuando procesalmente tuvo oportunidad para ello. "Las normas —dice la Sala Civil de la Corte— que informan todo nuestro sistema probatorio indican que a los litigantes les corresponde determinar y elegir el modo legal que estimen conveniente para demostrar los hechos o actos jurídicos sobre que versa la materia de la controversia..."

Tampoco pudo violarse el artículo 553 del Código Judicial porque a pesar de haber advertido claramente el Juez de la primera instancia que la liquidación de los perjuicios "habrá de hacerse ante el mismo Juez del juicio por los *trámites del artículo 553 del Código Judicial* (subraya la Sala), la parte civil constituída dentro del proceso penal desoyó esta oportuna advertencia y no hizo nada por producir la prueba que sirviera de base para condenar en concreto, es decir por un *quantum* determina-

do, el valor de los perjuicios que pudo causar la infracción, ya que por no ser oficiosa la facultad para nombrar peritos que antes existía, y por no haber intervenido en ello el Ministerio Público, la única que podía hacerlo dentro de la ley era la parte interesada.

Por último, nada hay que decir sobre el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, que adicionó la demanda a las disposiciones que pretende infringidas, porque esta disposición apenas hace referencia a que dentro del proceso penal se ejercerá la acción civil para el resarcimiento del daño causado por el delito por la persona o personas perjudicadas o sus herederos y es obvio que al proponerse tal acción en este proceso, se hizo uso de la facultad, lo que no entraña ninguna violación, pues en modo alguno puede existir ésta cuando se ejercen los derechos reconocidos en la ley.

Pero comoquiera que el recurrente pregunta y pretende que esto también le sea resuelto en casación, "qué procedimiento debe seguirse para la liquidación de los perjuicios a que se refiere la condenación en abstracto", la doctrina siguiente de la Sala Plena en un juicio de inconstitucionalidad responde:

"Como es desacertada, por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por perjuicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena. Pues el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal enseña 'que son aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidos en el Código de Procedimiento Civil'. Y el artículo 550 de esta última obra establece que 'El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o en segunda instancia'. Pero, como en el caso de condena en abstracto, la regulación del *quantum* no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (art. 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado a hacer la correspondiente regulación, y el Juez Civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente". (Sentencia del 6 de diciembre de 1951, Sala Plena. "Gaceta Judicial". Tomo LXX, págs. 726 y ss.).

De todo lo dicho se desprende que a ninguna de las tres peticiones de la demanda, contenidas en la conclusión final, puede acceder la Corte, y en consecuencia la causal alegada no prospera.

DECISION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO CASA la sentencia materia del recurso de casación interpuesto por la parte civil, en el juicio adelantado contra Bernabé García Quintero, a quien se condenó a la pena principal de 16 meses de presidio y al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados por el delito de homicidio en la persona de Jesús Zambrano Rueda, por el que fue juzgado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

COMPLICIDAD NECESARIA EN EL DELITO DE HOMICIDIO

Consonancia entre el veredicto del Jurado y la sentencia. Significado y aplicación del verbo "influír". No hay violación del artículo 19 del Código Penal, por indebida aplicación, ni del artículo 20 de la misma obra, por falta de aplicación. Causales 3ª y 1ª de casación.

1. El Jurado reconoció en su veredicto la influencia a que estuvieron sometidos los procesados, sin que pueda entenderse que con ello se propusiera modificar su responsabilidad, sacándolos de la órbita del artículo 19 del Código Penal, donde fueron colocados conforme a los cuestionarios, acordes con el auto de proceder, para situarlos, como se pretende en la demanda, dentro de la esfera del artículo 20 de la misma obra, hecho que para ser aceptado requeriría, como condición indispensable, que se demostrase, en primer término, que en la expedición de su veredicto desconoció la realidad del proceso, luego que, contra toda lógica y sentido racional, a tiempo que afirmaba la responsabilidad de los acusados como cómplices necesarios en la consumación del delito, les negaba esa calidad y, por último, que el verbo influír, en su lato significado y aplicación, la más general que conoce el idioma, es equivalente a determinar o, como lo insinúa el señor Procurador, a coaccionar, nada de lo cual aparece siquiera intentado a lo largo del escrito de impugnación.

En estos términos, no apareciendo que el veredicto del Jurado hubiera fijado la responsabilidad del reo en condiciones distintas a como fue planteada en los cuestionarios, es decir, como cómplice necesario del autor del asesinato, lógicamente se concluye en que la causal 3ª de casación, que se invoca como principal, no prospera.

2. Respecto de la causal 1ª, invocada como subsidiaria de la 3ª, apenas cabe observar que no prosperando ésta, según se dejó sentado, tampoco aquélla puede tener éxito, precisamente porque en esas condiciones no aparece violación del artículo 19 del Código Penal, por indebida aplicación, ni del artículo 20 de la misma obra por falta de aplicación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 30 de junio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó a los señores Luis Aldana Vela y Fideligno Murte Cuta, como responsables del delito de homicidio en la señora Antonia Arévalo de Gómez, a la pena de QUINCE AÑOS DE PRESIDIO cada uno y les aplicó las penas accesorias correspondientes.

HECHOS:

En torno a las once de la noche del 24 de agosto de 1955 el señor José Patiño Vargas, contratado por los señores Luis Aldana Vela y Fideligno Murte Cuta para que diera muerte a la señora Antonia Arévalo de Gómez mediante el pago de $ 1.000.00 que cubrió el primero de estos dos sujetos, se presentó a la casa de la predicha mujer, ubicada en la fracción rural de "El Hato", en jurisdicción del Municipio de Ventaquemada, golpeó en la puerta, haciéndo-

se pasar por un hijo de ella, de nombre Antonio, que residía en Bogotá, y como la respuesta a su llamada fue la de voces de alarma respecto a la presencia de ladrones, se colocó al acecho tras de la maleza, dispuesto a realizar de todas maneras su criminal encargo. Algún tiempo después, cuando ya había acudido el señor Jorge Ruiz, llamado por el menor Alfonso Arévalo, la señora Arévalo de Gómez salió de la casa en compañía de las expresadas personas a efecto de investigar lo que ocurriera y cuando en esas estaba, Patiño Vargas, desde el mismo sitio en que permanecía escondido, le hizo tres disparos de revólver, con uno de los cuales le causó la muerte casi instantánea.

CALIFICACION DE LOS HECHOS:

El Juzgado 1º Superior de Tunja, en auto del 13 de marzo de 1957, llamó a juicio a los señores Luis Aldana y Fideligno Murte, como cómplices necesarios en el homicidio, dentro de la modalidad de asesinato, que consumó el señor José Patiño Vargas en la persona de la señora Antonia Arévalo de Gómez, determinación que el Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó en su providencia del 27 de mayo de 1958, por cuya razón, llegada la oportunidad legal, se propusieron al Jurado respecto a Murte Cuta, que es el que interesa en el recurso, los siguientes cuestionarios que se copian con las respuestas:

"Serie segunda - Cuestión primera:

"El acusado Fideligno Murte Cuta, hijo de Darío Murte y de Graciliana Cuta, de treinta y cinco años de edad, natural y vecino de Ventaquemada, casado con Dioselina Vargas, agricultor de profesión, sabe leer y escribir, es responsable, SI o NO, de haber prestado a José Patiño Vargas (alias Calzones) una cooperación necesaria para la consumación del homicidio en la persona de Antonia Arévalo de Gómez, quien falleció a consecuencia de un disparo de proyectil de arma de fuego de pequeño calibre (revólver) de cuyos estragos habla la respectiva diligencia de autopsia; hecho que tuvo ocurrencia a eso de las once de la noche del veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) en la vereda del "Hato", jurisdicción municipal de Ventaquemada?

"RESPUESTA: Sí, pero influenciado por José Patiño Vargas.

"Cuestión segunda:

"El mismo acusado Fideligno Murte Cuta de anotaciones personales ya descritas, es responsable SI o NO, de haber prestado la cooperación de que trata la pregunta anterior con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y con aprovechamiento de las condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima?

"Respuesta: Sí".

Los cuestionarios con relación al señor Luis Aldana, redactados en forma más o menos semejante a los anteriores, fueron contestados por el Jurado en los mismos términos de aquéllos, salvo que en vez de la palabra "influenciado" se empleó el vocablo "sugestionado".

El Juzgado 3º Superior de Tunja, al cual correspondió dictar la sentencia de primer grado, en fallo del 24 de julio de 1959, con base en el veredicto del Jurado y conforme a la interpretación y alcances que le dio, condenó a los procesados Aldana Vela y Murte Cuta a la pena de quince años cada uno y les impuso las penas accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de la citada ciudad confirmó en el suyo del 30 de junio del año pasado, que es, como atrás se dijo, el del recurso materia de estudio.

DEMANDA DE CASACION:

Tanto Murte Cuta como Aldana Vela interpusieron el recurso de casación, pero solo el primero, por conducto de apoderado y con sujeción a las exigencias legales, presentó la demanda del caso, en la cual se invocan, como principal y subsidiaria en su orden, las causales 3ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Sostiene el recurrente que la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto y aduce como razones en favor de su tesis, las siguientes:

"Esta circunstancia reconocida por el jurado incide directamente en la responsabilidad y le quita automáticamente a la cooperación prestada por Murte Cuta la calidad de necesaria, para colocarla dentro de la complicidad secundaria, o simplemente accesoria, puesto que si el autor material del ilícito ejerció influencia sobre su cooperador, ello está indicando claramente que el designio delictivo partió de aquél, y que el cómplice solamente fue un instrumento secundario para asegurar el pago del precio convenido entre Patiño Vargas y Aldana Vela, ya que de acuerdo con la realidad procesal, tal

fue el papel principal que desempeñó Murte en el desarrollo de los hechos materia del proceso.

"Porque es claro que si fue José Patiño Vargas quien ejerció influencia sobre Fideligno Murte para determinarlo a que le prestara su colaboración en el delito, y si tal colaboración se refiere a aspectos circunstanciales, como en efecto lo es, el delito se habría podido cometer sin la cooperación de mi defendido, quien, de acuerdo con el veredicto del jurado, solamente obró bajo la influencia de la persona que concibió el plan criminal y desarrolló todos los medios para su ejecución, inclusive el de sugestionar a terceras personas para que le colaboraran en él. En otros términos, si la influencia o la sugestión del autor del delito no hubiera sido lo suficientemente poderosa para determinar a Murte a desarrollar las actividades secundarias que se le imputan, el delito de todas maneras se habría llevado a cabo, ya que quien lo concibió fue el mismo que lo puso en ejecución. La influencia ejercida por José Patiño Vargas —quien planeó y ejecutó el delito— sobre Fideligno Murte, lo fue simplemente para determinarlo a que su acción, que ya estaba definida subjetivamente, le produjera un fruto económico que en ningún caso fue suministrado por Murte.

"Y es importante anotar que de acuerdo con el veredicto del Jurado, tampoco es cierto el cargo que se le ha formulado a mi poderdante de haber sido él quien determinó a Aldana Vela a pagar por la muerte de la Arévalo de Gómez, puesto que muy claramente lo dicen los jueces de conciencia que Aldana Vela también obró sugestionado por quien dio muerte a Antonia Arévalo de Gómez.

"Es, pues, evidente que de acuerdo con el veredicto del jurado, Fideligno Murte Cuta no puede ser considerado como cómplice necesario. Sin embargo la sentencia así lo consideró, en protuberante desacuerdo con tal veredicto.

"Y es bien sabido que es el Jurado de conciencia quien clasifica los hechos de que se acusa al culpable en el auto de proceder, que la sentencia es la aplicación de las normas de derecho a los hechos calificados por el jurado, y que esa sentencia debe estar en perfecto acuerdo con las especificaciones hechas por los jueces de conciencia, a quienes no se les puede exigir el empleo de términos jurídicos. Es al Juez a quien corresponde interpretar el veredicto para acomodarlo a la ley. El juez debe desentrañar el sentido del veredicto en orden a situar cabalmente dentro del campo jurídico las expresiones usadas por el jurado de conciencia, y que modifiquen o especifiquen lo relativo a la responsabilidad".

Con fundamento en la causal 1ª el recurrente sostiene que se violó el artículo 19 del Código Penal, por indebida aplicación, y el artículo 20 de la misma obra, por falta de aplicación, precisamente como consecuencia lógica de haberse proferido la sentencia acusada en desacuerdo con el veredicto.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el concepto de respuesta al traslado de la demanda, acorde con las tesis del recurrente, sostiene que, en verdad, la sentencia acusada se profirió en desacuerdo con el veredicto del Jurado en orden al cual, según su parecer Murte Cuta fue responsabilizado como cómplice no necesario en el delito de que se trata, lo que llevaba a aplicarle el artículo 20 del Código Penal y no como cómplice necesario, que fue lo que se tuvo en cuenta para aplicarle el artículo 19 ibídem. Sus ideas al respecto aparecen condensadas en los siguientes párrafos de su concepto:

"Así las cosas, cuandoquiera que uno de tales elementos (el material o el subjetivo) no se configuran a plenitud precisa descartar esta modalidad jurídico-penal. El elemento subjetivo, pues, debe estar integrado por la voluntariedad en la acción del cómplice necesario; y ello no ocurre precisamente en quien actúa bajo el influjo o la coacción de otra persona. Podrá haberse prestado una ayuda indispensable para la consumación del delito, pero la subjetividad de la acción estará ausente y la figura de la complicidad necesaria se habrá desintegrado".

. . . . . .

. . . . . .

"Si el Jurado reconoció que Murte Cuta sí era responsable del hecho que se le atribuía como delictuoso, pero que había obrado 'influenciado por José Patiño Vargas' es obvio que la sentencia de los jueces de derecho ha debido acomodarse al contenido integral de tal veredicto. Vale decir que la complicidad necesaria acusada en la conducta de Murte Cuta quedaba desintegrada porque se negaba la voluntariedad de su acción.

"Ahora bien: si como afirma el impugnador 'que el cómplice solamente fue un instrumento secundario para asegurar el pago del precio

convenido entre Patiño Vargas y Aldana Vela...' es preciso ubicar su conducta dentro de la modalidad de la complicidad no necesaria, toda vez que los autos predican que Murte Cuta apenas prestó colaboración sin la cual hubiera podido consumarse el delito''.

Refiriéndose a la causal 1ª que se invoca como subsidiaria de la 3ª, el señor Procurador manifiesta que, en efecto, se violó el artículo 19 del Código Penal, por indebida aplicación, y el 20 de la misma obra por falta de aplicación.

SE CONSIDERA:

La base de la acusación contra el fallo impugnado en orden a la causal 3ª, como puede apreciarse a través de la argumentación que se presenta, cuya parte esencial se transcribió, se encuentra en la frase explicativa ''pero influenciado por José Patiño Vargas'' que aparece en el veredicto contra el señor Fideligno Murte Cuta.

Desde luego, el término ''influenciado'' no es castizo, pero obviamente se comprende que el Jurado lo empleó como equivalente a ''influjo'', vocablo que en cambio es de buena ley, precisamente para significar que la influencia perniciosa del señor José Patiño fue la que llevó a los señores Murte Cuta y Aldana Vela a combinar y pagar la muerte de la señora Antonia Arévalo de Gómez, circunstancia que aparece acreditada en los autos.

En efecto Patiño Vargas, delincuente avezado y de la máxima peligrosidad, se fugó de la Penitenciaría de Tunja, donde purgaba un asesinato, el 6 de agosto de 1955 y fue a dar a la región donde habitaban Murte Cuta y Aldana Vela, lo mismo que la señora Arévalo de Gómez, mujer que tenía fama allí de ''bruja'' y ladrona. En esa región, amparado por el señor Pablo Emilio Chacón, se hizo pasar por mago y adivinador y así le ''adivinó'' al primero de aquellos dos sujetos, mediante el pago de $ 400.00 el paradero de una vaca que le había sido hurtada pocos días antes. Ese hecho consolidó en Murte Cuta el prestigio del ''mago'', y entonces rápidamente buscó contacto con su amigo Aldana Vela, quien también en esos días había padecido hurtos de animales y de algunos instrumentos de labranza, a fin de que, como en el caso suyo, utilizara al ''adivinador'' en el objetivo de saber el paradero de sus bienes perdidos. En estas condiciones Patiño Vargas, requerido por Murte Cuta y Aldana Vela para esa nueva misión de ''adivinador'', ya enterado de la fama que envolvía, en medio de rencores y de resentimientos, a la señora Arévalo de Gómez, les hizo saber que los bienes hurtados habían sido vendidos en Bogotá, por cuya causa no era dable recuperarlos, pero que en cambio estaba en capacidad de revelarles que los autores de los delitos eran la señora Arévalo de Gómez, un hijo suyo y el señor Joselín Parroquiano, revelación que acompañó, en la perspectiva de consumar otra estafa, con la manifestación de que podía dar muerte, con la colaboración de los espíritus que le obedecían, a la citada mujer.

Murte Cuta y Aldana Vela acogieron, sin la más mínima reserva, esa idea de muerte que planteaba Patiño Vargas, y en esa suerte rápidamente procedieron a contratarlo para que la realizara, mediante el pago de $ 1.000.00, acordados después de esos regateos que suelen presentarse en los negocios. Algunos días después los mencionados procesados, ante el hecho de que doña Antonia continuaba viva, reclamaron a Patiño Vargas, el cual les dijo entonces que como la señora de Gómez se entendía también con los espíritus, no era posible eliminarla con el concurso de éstos, ya que ella disponía, en consecuencia, de la ''contra'', pero que como estaba dispuesto a cumplir de todos modos lo pactado, la muerte de doña Antonia la iba a causar, sin más dilaciones, a balazos, propósito que acogieron con calor y rápidamente los dos acusados, quienes al llegar la noche del 24 de agosto, advertidos de que en ella Patiño Vargas iba a consumar el crimen, lo acompañaron hasta cerca de la casa de la víctima y al día siguiente estuvieron atentos para cancelar al sicario el saldo de los $ 1.000 que lo determinaron a consumar el tremendo asesinato de que da cuenta el proceso.

En las circunstancias expresadas fácilmente se comprende que la maléfica influencia de Patiño Vargas lo único que procuró, respecto a los procesados Aldana Vela y Murte Cuta, fue la oportunidad para que en ellos despertara la capacidad delictuosa que los llevó, sin reato ni dilación, a contratarlo como sicario para que matara a la señora Arévalo de Gómez.

El Jurado reconoció en su veredicto esa influencia, sin que pueda entenderse que con ello se propusiera modificar la responsabilidad de los acusados, sacándolos de la órbita del artículo 19 del Código Penal, donde fueron colocados conforme a los cuestionarios, acordes con el auto de proceder, para situarlos, como se pretende en la demanda, dentro de la esfera del artículo 20 de la misma obra, hecho que para ser acep-

tado requeriría, como condición indispensable, que se demostrase, en primer término, que en la expedición de su veredicto desconoció la realidad del proceso, luego que, contra toda lógica y sentido racional, a tiempo que afirmaba la responsabilidad de los acusados como cómplices necesarios en la consumación del delito, les negaba esa calidad y, por último, que el verbo influír, en su lato significado y aplicación, la más general que conoce el idioma, es equivalente a determinar o, como lo insinúa el señor Procurador, a coaccionar, nada de lo cual aparece siquiera intentado a lo largo del escrito de impugnación.

En estos términos, no apareciendo que el veredicto del Jurado hubiera fijado la responsabilidad del Murte Cuta en condiciones distintas a como fue planteada en los cuestionarios, es decir, como cómplice necesario del autor del asesinato, señor José Patiño Vargas, lógicamente se concluye en que la causal 3ª de casación, que se invoca como principal, no prospera.

Respecto a la causal 1ª, invocada como subsidiaria de la 3ª, apenas cabe observar que no prosperando ésta, según se deja sentado, tampoco aquélla puede tener éxito, precisamente porque en esas condiciones no aparece violación del artículo 19 del Código Penal, por indebida aplicación, ni del artículo 20 de la misma obra por falta de aplicación.

Como quedó advertido el procesado Luis Aldana Vela, aunque interpuso el recurso de casación, no presentó la demanda, y entonces procede declararlo desierto al tenor de lo dispuesto en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de fecha 30 de junio del año pasado en orden al recurso propuesto contra ella por el procesado Fideligno Murte Cuta, y DECLARA DESIERTO el que interpuso contra el mismo fallo el procesado Luis Aldana Vela, sujeto a quien se condena en costas, disponiendo que ellas sean liquidadas por el citado Tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITO DE CONTRABANDO

Interpretación del Decreto 1228 de 1959. Carencia de técnica en la demanda de casación. Deberes del recurrente en casación. A la Corte le está vedado suplir los vacíos de que adolezca el libelo.

1. El Decreto 1228 de 1959 no conlleva la virtud de un estatuto represivo, como pretende sostenerlo el demandante. Los procesados en el caso de autos fueron condenados por hechos delictuosos previstos y sancionados por normas represivas preexistentes a esos mismos hechos. Por tanto, no era aplicable, en tal evento, al susodicho decreto 1228, que sólo buscó prevenir, evitar, estorbar o impedir el contrabando. **Y no siendo aplicable, es apenas lógico que la nulidad planteada en la demanda, con apoyo en disposiciones del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 26 de la Carta, no puede prosperar.**

2. No es lo mismo enunciar o plantear un cargo que demostrarlo. Es preciso demostrar que el Tribunal, al apreciar las pruebas en que los hechos se sustentan, erró de manera protuberante, atribuyéndole un valor de que carecen, o negándoles el que realmente tienen. Una simple diferencia de criterios en cuanto a la racional interpretación de los elementos de juicio no autoriza para invalidar una sentencia contra la cual se arguye error de hecho, porque el sentenciador, dentro del sistema legal-moral imperante en el procedimiento penal colombiano, tiene un prudente y necesario arbitrio para estimar las pruebas.

3. En reiteradas oportunidades ha expresado la Corte que siendo el objeto de la demanda de casación el fallo de segundo grado, este recurso extraordinario, en los casos en que conforme a la ley es pertinente, se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que ampara o protege aquel supremo acto jurisdiccional. Por ello al impugnador incumbe la obligación de combatir y destruír con razones jurídicas los fundamentos o considerandos en que el sentenciador que profirió la sentencia acusada se apoyó para llegar a determinadas conclusiones. Si, como es lógico, la sentencia materia del recurso debe ser fundada, no es menos cierto que la demanda también debe serlo. Si no lo es, a la Corte le está vedado suplir oficiosamente los vacíos o deficiencias de que el libelo adolezca, porque, como lo ha repetido esta Sala en numerosas ocasiones, existen notables diferencias entre el especialísimo recurso de casación, y una tercera instancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, mediante la cual el Tribunal Superior de Aduanas condenó a Esteban Macridis Persis, entre otros, a la pena principal de nueve (9) meses de prisión, como responsable "de complicidad necesaria en el delito de contrabando y fraude a la renta nacional de aduanas, ocurrido el veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (27-X-1956), en jurisdicción del Municipio de Calamar, Departamento de Bolívar".

ANTECEDENTES

De los siguientes resultados del fallo recurrido surgen, circunstanciada y metódicamente expuestos, los hechos pertinentes del proceso:

1º "Por Decreto Nº 1504 de 1956 el Gobierno Nacional preceptuó que constituía presunción legal de contrabando de exportación de café, el transportar o mantener el grano pilado sin cualquiera de los requisitos exigidos por la Dirección General de Aduanas, la cual, en uso de las facultades a ella concedidas dictó, entre otras, las Resoluciones números 0265 de 4 de junio, Nº 0266 de 7 de junio, Nº J-268 de 13 de julio y Nº J-271 de 17 de julio, todas del citado año de 1956.

"Las Resoluciones anotadas, que luego fueron comprendidas o refundidas en la Nº 400 de 22 de octubre de 1956, reglamentaron el movimiento interno del café hacia los puertos de exportación, su control en ellos, el transporte de cabotaje, las vías de acceso hacia los puertos habilitados, el establecimiento de la guía de tránsito, los documentos exigibles para amparar los cargamentos, y los demás requisitos sobre bodegaje y almacenamiento de café.

2º "Al entrar a regir el referido decreto 1504, en la bodega 'La Colorada', en el puerto fluvial de Calamar, aquella propiedad de Guillermo Arrázola Lafaurie, tomada en arrendamiento por Octavio Osorio Cuello pero administrada por aquél, y con celador el señor Rufino Osorio —padre de Octavio Osorio Cuello—, se hallaban depositados 'dos mil trescientos diez y nueve' (2.319) sacos de café tipo 'excelso', de propiedad de los señores Eulogio Echeverri, Ariosto Toscano y Andelfo Granados, en las cantidades de 500, 800 y 1.000 respectivamente, más 19 bultos destinados al repese o a completar los faltantes.

3º "El café relacionado, almacenado por sus dueños en la bodega 'La Colorada', quedó congelado en razón de las disposiciones de ley referidas, comoquiera que 'Calamar' no fue señalado como puerto habilitado para la exportación, carecía de oficina seccional de la Federación de Cafeteros, y no actuaban en él los clasificadores autorizados del grano para la expedición de las consiguientes guías de tránsito.

4º "Con fecha 18 de julio de 1956, Arrázola Hermanos denunció ante el Administrador de Aduana de Barranquilla, la existencia antes anotada, y anuncia que en la solicitud de inscripción se anotarían los detalles y nombres de los propietarios del grano.

"La Aduana de Barranquilla en oficio número S-A-209, de fecha 19 de julio, es decir, el día siguiente, devuelve sin autenticar los libros, se abstiene de autorizar el funcionamiento de la bodega, manifiesta que la concesión del permiso está reservado a la Dirección General de Aduanas, y expresa que la negativa no inhibe ni a los depositarios ni a los dueños del café para trasladarlo a Barranquilla o Cartagena debiendo, los interesados, 'proveerse de la correspondiente guía expedida por el Jefe del Resguardo de Aduanas de Calamar e informar a las Capitanías correspondientes. También está prohibido, en forma terminante el regreso o reexpedición del café hacia el interior, o el transporte de éste, por vías no autorizadas'. (Fl. 9º Cd. 1º).

5º "La Dirección General de Aduanas, con fecha 4 de julio de 1956, se dirigió a la Administración de Aduanas de Barranquilla ordenándole instalar un servicio especial en Calamar a fin de evitar el descargue de café en esa localidad, servicio que se instaló desde el día siguiente, conforme lo acreditan los documentos que obran a folios 114 y 115 del cuaderno 3º.

"Por Oficios Nos. 840 y 844 de fecha 6 de julio de 1956, se ordenó la vigilancia sobre el café depositado en Calamar, prescribiéndose que él debía ser enviado a Cartagena o Barranquilla dando cuenta por teléfono o por telégrafo urgente a las Capitanías respectivas. (Fs. 34 y 35 Cd. 2º).

"Por decisión de la Dirección General de Aduanas, y para el 8 de agosto de 1956, el movimiento de café, en los depósitos de Calamar quedó bajo el directo control de la Dirección General, debiendo cualquier salida de grano ser autorizada por ella. (Fl. 38 Cd. 2º).

6º "El señor Eulogio Echeverri, con fecha 20 de agosto de 1956 solicitó del Director General de Aduanas permiso para movilizar los 2.300 sacos de café pilado, de Calamar a Barranquilla, habiéndose exigido al petente presentar la licencia de exportación, en razón de lo cual, solicitó se le permitiera llevar el café a los almacenes de depósito 'Almadelco' a fin de cumplir los requisitos de revisión, clasificación, empaques, etc., previos a la concesión de la licencia.

"Con posterioridad —18 de septiembre— Ariosto Toscano en su propio nombre y en el de Luis Andelfo Granados conforme a poder que allegó, solicitó la entrega de los 1.800 bultos que a ellos correspondía. Consecuencialmente, deja-

ron sin valor la autorización que por escrito de 14 de septiembre, habían conferido a Echeverri para disponer de todo el lote de 2.300 bultos de café depositados en 'La Colorada'. (Fls. 106 a 107 Cd. 3º).

"El 19 de septiembre, Eulogio Echeverri nuevamente se dirigió a la Dirección General de Aduanas en solicitud del permiso para movilizar sus 500 sacos de café a Barranquilla (Fls. 109 a 111 Cd. 3º), café que afirma de su propiedad.

7º "La Dirección General de Aduanas por Resoluciones Nos. 0394 y 0395 de fechas 24 y 25 de septiembre —Fls. 112 y 113, Cd. 3º— concedió permiso a Eulogio Echeverri para movilizar sus 500 sacos de café a la ciudad de Barranquilla, para ser depositados en los almacenes 'Almadelco', y a los señores Ariosto Toscano y Luis Andelfo Granados, para la movilización a los mismos depósitos del Banco del Comercio en Barranquilla. Para efectuar las entregas, las dos Resoluciones enseñan fueron comisionados el Inspector General de Aduanas, doctor José Joaquín Villamizar, y el Secretario General de la Dirección de Aduanas, doctor Maximio Visbal, prescribiéndoseles que al efectuar las entregas debían levantar las Actas correspondientes.

"El Director General de Aduanas por comunicados telegráficos de fecha septiembre 24 y octubre 4 —Fls. 116 y 117 Cd. 3º— preceptuó, en relación con los ordenamientos dictados en las Resoluciones 0394 y 0395, se adoptaran las medidas de vigilancia a fin de controlar que el café no saliera de Barranquilla sin el lleno de las formalidades legales.

8º "El Capitán de Puerto de la Aduana de Barranquilla, dirigió al Comandante del puesto de Resguardo de Calamar, el oficio 1329 de fecha 26 de septiembre de 1956, comunicándole las órdenes de vigilancia en la movilización del café, y poniendo a disposición un Cabo y cinco Guardas para ejercer la vigilancia del café, en su movilización de Calamar a Barranquilla. (Fl. 36 Cd. 2º).

9º "El 27 de septiembre de 1956, en Calamar, el Inspector General de Aduanas comisionado por la Dirección General, entregó directamente al señor Eulogio Echeverri los 500 bultos de café de su propiedad, distinguidos con el número '101' de 70 kilos netos. Echeverri dio por recibido a satisfacción el café; comisionó al señor Sion Battan, para la movilización del lote a la ciudad de Barranquilla; dejó el café en la bodega 'La Colorada' en depósito bajo la responsabilidad de Guillermo Arrázola. Se prescribió por el Inspector General que el café debía ser trasladado a Barranquilla dentro del término de 30 días a partir de la fecha de entrega, cesando la responsabilidad de la Aduana, respecto del mismo. (Fls. 130 y 131 Cd. 3º).

"Ese mismo día, 27 de septiembre, el Secretario General de la Dirección de Aduanas se trasladó a Calamar a hacer entrega del café ordenado en la Resolución 0395, a los señores Ariosto Toscano y Luis Andelfo Granados —éste representado por aquél— en la cantidad de 800 y 1.000 bultos respectivamente. Toscano dio por recibido, a su satisfacción, el café, y se le concedió, a su solicitud, un plazo de treinta días para que lo movilizara 'total o parcialmente hacia Cartagena o Barranquilla, a su opción' y contra la determinación que reza la Resolución 0395 que indicaba concretamente la ciudad de Barranquilla. Toscano recibió además los 19 bultos de demás, destinados para completar los faltantes, y dejó el total recibido en poder de Guillermo Arrázola, como depositario. (Fls. 132 y 133 Cd. 3º).

10 "Con posterioridad a la entrega del café, la Capitanía del Puerto de Barranquilla oficio Nº 1399 al Comandante de la Comisión de Contrabando a efecto de que continuara desplegando vigilancia sobre el café entregado, órdenes que fueron corridas en traslado, para su cumplimiento, al Cabo Corredor encargado del puesto de Calamar. (Fl. 33 Cd. 2º).

11º "Por disposición de la Dirección General de Aduanas, según se expresa en el Oficio Nº 255 de 18 de octubre de 1956, el Mayor Alberto Urdaneta fue llamado a Bogotá, y encargado de la Capitanía y Comando del Resguardo de Aduana el Mayor Víctor Bautista Duque. (Fl. 121 Cd. 2º).

"El 24 de octubre de 1956, por órdenes del Mayor Bautista Duque, se cambió el personal de resguardo de Calamar, diligencia llevada a efecto por el Teniente Duarte.

"El 26 de octubre regresó a Barranquilla el Mayor Urdaneta, y de conformidad con Oficio Nº 282 de dicha fecha, debía posesionarse nuevamente de su cargo. Fl. 123 Cd. 3º. Sin embargo, el Mayor Bautista le pidió que aplazara la posesión hasta el lunes siguiente, en razón de la 'parada' preparada en honor del Director General de Aduanas. El Mayor Bautista ordenó al teniente Duarte, se trasladara a Calamar el 26 del citado octubre a fin de traerse el perso-

nal que vigilaba el café, a efecto de que participara en la parada al Director. Duarte se presentó en Calamar a la media noche del día 26, y ordenó que el Resguardo viajara inmediatamente a Barranquilla, y no dejó constancia alguna en el libro de minuta.

"El Capitán de Puerto encargado Mayor Bautista, expidió, a las 5 media de la tarde del mismo 26 de octubre, el Acta de zarpe de la motonave 'Alfa', con destino a Buenaventura, vía Cartagena. Esta Acta la firma, como Secretario de la Capitanía el Teniente Jairo Agudelo Ríos.

"El Mayor Bautista acompañó al Teniente Agudelo Ríos hasta la barcaza —Fl. 51 Cd. 3º— y ésta emprendió viaje hacia Calamar a donde llegó en las primeras horas del día 27.

12º "La barcaza 'Alfa' llegó a Calamar en las primeras horas del día 27 de octubre, y simultáneamente, 'por diversas vías y en distintos vehículos' arribaron Salomón Sion, Esteban Macridis, Octavio Osorio Cuello, Ariosto Toscano y Eulogio Echeverri.

"El Teniente Agudelo se presentó a la bodega 'La Colorada' y a la Inspección Fluvial de Calamar, expresando que por orden del Mayor Bautista movilizaba el café hacia Cartagena; presentó el zarpe de la nave, y según lo declara el Inspector Fluvial Alejandro Mario Arrázola —Fl. 185 C. 2º— exhibió un sobordo elaborado en Barranquilla y el cual prometió devolverlo de Cartagena'. En dicho sobordo el Inspector escribió una nota de recibo que suscribieron él y el Teniente Agudelo.

13º "Al Fl. 10 del Cd. 1º obra el acta de entrega del café, suscrita en Calamar el 27 de octubre de 1956 y por la cual el depositario del grano, Guillermo Arrázola L., entregó el café en número de 2.319 bultos, al señor Sion Battan representante de Eulogio Echeverri 500 bultos, y al señor Ariosto Toscano 1.800 —los 800 de Toscano y los 1.000 de Granados—, más los 19 bultos destinados a completar el saqueo o pérdida. El café fue recibido a satisfacción, sin reparo alguno.

"Con el Presidente del Sindicato de Braceros de Calamar se contrató el cargue de la motonave y en esta diligencia duraron hasta las tres de la tarde. Terminado el cargue, la barcaza se dirigió río abajo hasta Bocas de Ceniza y de allí a Panamá, a donde llegó el día 31 de octubre habiendo sido depositado el café al señor Koffer quien lo entregó luego a Salomón Sion Battan, en los primeros días de noviembre de dicho año.

14º "El café que se hallaba depositado en Calamar, fue transportado en la barcaza 'Alfa' al puerto extranjero de Colón, Panamá, sin que los propietarios del grano ni sus representantes acreditados diligenciaran y satisfacieran los requisitos legales vigentes para viabilizar la exportación regular del mismo. No se pagaron los derechos fiscales; no se solicitó de la Federación de Cafeteros el examen e inspección para la venta del grano; ni se procuró lo pertinente con la Oficina de Registro de Cambios para la reintegración de los dólares provenientes de la venta. No hubo manifiesto de exportación ni actuación alguna de autoridad para la legitimidad de la operación, razón por la cual tal exportación ilícita vino a confirmarse con las comprobaciones que relacionan las autoridades consulares de Colombia en Panamá, a los folios 63 y 218 del Cd. 1º.

15º "El señor Eulogio Echeverri propietario acreditado de 500 sacos, evidencia la calidad de tal en virtud de las peticiones que dirigiera a la Dirección General de Aduanas —Fls. 102, 104 y 109 Cd. 3º—, y en razón de las cuales se generó la Resolución número 0394 de 1956, habiendo obtenido la entrega directa, por el comisionado de la Dirección, el 27 de septiembre siguiente, corroborando su actuación personal, el escrito que obra al Fl. 13 del Cd. 10º.

"La presencia de Echeverri en Calamar el día 27 de octubre de 1956, día en que se efectuó la exportación ilícita, está acreditada plenamente con las aseveraciones de Guillermo Arrázola que obran a los Fls. 115 y 125 del Cd. 1º, y 196 y 197 del Cd. 2º; con las de Octavio Osorio, vistas a los Fls. 209, 211 y 219 del Cd. 1º; y con las de Esteban Macridis consignadas en los Fls. 136 y 137 del Cd. 2º y 273 a 275 del cuaderno 4º.

"Ni los quinientos sacos de propiedad de Echeverri —ni los 1.800 de propiedad de Toscano y Granados— fueron presentados a la Federación para su debida clasificación, y tampoco fueron llevados a Barranquilla ni depositados en las bodegas señaladas al efecto, habiendo salido clandestinamente como se comprueba con el documento que obra al Fl. 56 del Cd. 4º.

"Eulogio Echeverri era socio de la firma comercial Echeverri & Cía., a la cual, según el dicho de Rafael Jaramillo Palacio, el Teniente Agudelo Ríos pasó una cuenta por gastos en razón del 'supuesto' viaje del mismo a Cartagena. Fue la persona 'Echeverri & Cía.' administradora de la barcaza 'Alfa' la que solicitó el zarpe de la misma, hechos estos que se acre-

ditan con los documentos que obran a folios 109 del Cd. 4º y 99 del Cd. 2º, reforzados por la declaración de Max Páez Simons vista a los Fls. 152 y 153 del mismo cuaderno, habiendo sido tales diligencias necesarias e indispensables para lograr el arribo del café al puerto extranjero, según se comprueba con los documentos que obran a los Fls. 63 y 218 del Cd. 1º.

"La imputabilidad y responsabilidad de Eulogio Echeverri se halla comprobada en autos. Mas el hecho de su muerte hace que el juzgador ordene y declare la cesación del procedimiento y la extinción de la acción penal consiguiente, sin que ello, como se expresará adelante, extinga o pueda extinguir la responsabilidad por los perjuicios ocasionados y los cuales pueden ser perseguidos por la justicia ordinaria, de conformidad con preceptos legales vigentes.

16º "Ariosto Toscano Mojica, está demostrado, diligenció ante la Dirección General de Aduanas la entrega y movilización del café. Primero por intermedio de Echeverri, y más tarde directamente concretándose a los 800 sacos de su propiedad y los 1.000 de propiedad de Andelfo Granados. Tales diligencias culminaron con el pronunciamiento por la Dirección General de Aduanas de la Resolución Nº 0395 de 1956, y con el recibo que de tal cargamento se cumplió por este sindicado, en nombre propio y en el de Granados, el día 27 de septiembre de 1956, según corre expreso en el Acta de entrega.

"Efectuada la entrega del café por la Dirección, Toscano dejó en depósito de Guillermo Arrázola dicho cargamento que había sido ordenado transportar a Barranquilla, según lo acredita la misma Acta. El 27 de octubre siguiente, Toscano reclamó y recibió de Arrázola los 1.800 sacos de café, y en su presencia fueron embarcados en la motonave 'Alfa'. Su imputabilidad y responsabilidad corren acreditados plenamente por el contenido y firma de las dos Actas referidas, y por los testimonios acordes de Guillermo Arrázola —Fls. 115 a 125 Cd. 1º y 196 y 197 Cd. 2º— y de Esteban Macridis Persis, —Fls. 136 y 137 Cd. 2º y 273 y 274 del Cd. 4º.

. . . . . .

17º "Salomón Sion Battan aparece vinculado a la exportación del café en las diversas piezas que obran dentro del expediente. Fue la persona que contrató con Macridis Persis el valor del transporte del café hasta Panamá, según lo afirma éste en su declaración vista a los Fls. 136 y 137, a razón de $ 25.00 por saco; suscribió el Acta de entrega que hiciera Arrázola y dio por recibidos los 1.800 sacos de Granados y de él. Presenció el embarque del café en la motonave 'Alfa' y advirtió a Macridis que el cargamento debía ir a Colón y ser entregado a L. Koffer, en Colón, Panamá. Estos hechos los refieren uniformemente Arrázola y Macridis en sus declaraciones que obran a Fls. 115 Cd. 1º, 196 y 197 del Cd. 2º, 136 y 137 del Cd. 2º y 273 y 274 del Cd. 4º.

"Sion Battan aparece como representante de Echeverri a quien éste comisionó para que en su nombre recibiera y movilizara el café. Y en esta calidad y en agencia de tal personería, diligenció todas las operaciones consiguientes a procurar la fuga del café hasta Panamá, desde la contratación del 'Alfa' hasta el recibo de dicho café, en Panamá, de manos del consignatario Koffer.

18º "Esteban Macridis Persis, está demostrado, era el inmediato administrador de la motonave 'Alfa' y quien se valió de Echeverri & Cía., para obtener el zarpe en lastre, según lo confirma su exposición y el dicho de Max Páez Simonds que obra al Fl. 152 y 153 Cd. 2º. Fue quien contrató con Sion Battan el transporte de los 2.319 sacos de café, y por un precio, cuya cuantía confiesa, superaba a los precios corrientes, según se constata al Fl. 137 Cd. 2º.

"Este sindicado asevera que era libre para contratar transportes sin que tuviera que recurrir a sus condueños Teólogo Macridis y Blanca Posso de Macridis; confiesa que el zarpe expedido por intermedio de Echeverri & Cía., lo era en 'lastre' y que por lo tanto no se podía aceptar carga para transportar.

. . . . . .

20º "Está demostrado y aceptado que Julio Zúñiga era el Capitán de la 'Alfa' a cuyo favor se expidió el zarpe 'en lastre' —Fl. 95 Cd. 2º—. Macridis el administrador de la nave así lo confirma a los Fls. 275 del Cd. 4º y 137 del Cd. 2º. En tales condiciones sus actos sobre dirección, mando y manejo de la nave resultan necesarios, sin que pueda exculparse descargando la responsabilidad en otros, máxime si se tiene en cuenta el conocimiento y experiencia que en su oficio se acredita, y las obligaciones que se presume conoce y observa todo capitán de nave. Sin el consentimiento y cooperación del Capitán Zúñiga el 'Alfa' no hubiera desviado su ruta, no hubiera infringido la orden para viajar en lastre, no hubiera cargado el café en Calamar, y tampoco lo hubiera llevado a Panamá.

21 "El Mayor Víctor Bautista Duque, Oficial retirado del Ejército, en su condición de

Capitán de Puerto, y según propia confesión —Fls. 154 a 157 Cd. 1º— no solamente ordenó el cambio de guardias del retén, sino que, so pretexto de rendir homenaje al Director General, y sin tener en cuenta que más cercanos de Barranquilla estaban los retenes de 'Juan Mina', 'Puerto Giraldo' y 'Puerto Colombia', mandó al Teniente Duarte a que trajera personalmente el resguardo de Calamar, exigiéndole le avisara sobre el cumplimiento de la orden, hechos relacionados por el Teniente Duarte a los Fls. 94, 179 a 184 Cd. 1º. Fue quien expidió el zarpe y facilitó autorizando la salida de la nave —Fl. 95 Cd. 2º—; según declaraciones de Rodolfo Cadena, Rafael Jaramillo Palacio —Fls. 51 y 48 Cd. 3º— fue quien personalmente despachó hasta embarcarlo en la 'Alfa', al Teniente Agudelo Ríos. El Mayor Bautista impidió al Mayor Urdaneta que reasumiera sus funciones de Capitán de Puerto el día 26 de octubre cuando éste pretendió hacerlo regresado de Bogotá.

22.-"El Teniente de Resguardo Jairo Agudelo Ríos aparece firmando como Secretario de la Capitanía el 'zarpe' expedido a la motonave 'Alfa' para que viajara en 'lastre' de Barranquilla a 'Buenaventura vía Cartagena'. Embarcó en dicha nave que enrutó por vía distinta a la indicada en el zarpe comoquiera que de Barranquilla se dirigió a Calamar. Llegado a este Puerto, manifestó, en su calidad de oficial de Aduana, al Inspector Fluvial Alejandro Mario Arrázola que por orden de la Capitanía de Barranquilla, se llevaba el café depositado en La Colorada. Suscribió el recibo correspondiente, según declaración del Inspector la cual obra a los Fls. 185 a 187 del Cd. 2º. Se encuentra evidenciado que no fue cierto que el Teniente Agudelo, como él lo afirma, hubiera estado en Cartagena el 27 de octubre, no obstante haber exhibido una nota de reservación en el Hotel Plaza de dicha ciudad y para dicha fecha, comoquiera que, por la inspección ocular, y la certificación de Avianca —Fls. 107 a 109 y 161 Cd. 2º— no se demostró la coartada pretendida. Por otra parte, las declaraciones de Rafael Jaramillo Palacio, Rodolfo Cadena, Guillermo Arrázola, Andrés Olivo, Esteban Macridis y Teniente Francisco Insignares —Fls. 48 y 51 Cd. 3º, 118 a 125, 261 a 264 Cd. 1º, 220, Cd. 2º y 273 y 274 Cd. 4º—, comprueban la actuación y presencia de Agudelo Ríos en Calamar el día 27 de octubre, lo cual se corrobora con la certificación vista al Fl. 95 del Cd. 2º, demostrándose además, la calidad de Teniente de Aduana que en todo momento exhibió para ante autoridades y particulares, según se acredita con los documentos que obran a los Fls. 287 y 285 del Cd. 1º.

"La diligencia desplegada por el Teniente Agudelo Ríos se evidencia necesaria para el objetivo perseguido por los interesados en la exportación ilícita del café, a punto de que sin ella, no hubiera sido posible verificarlo".

. . . . . .

A iniciativa del entonces Gobernador del Departamento del Atlántico, el Servicio de Inteligencia Colombiano inició las primeras diligencias administrativas encaminadas a establecer la exportación clandestina de café a que se contrae este proceso. En mensaje del 22 de noviembre de 1956 el Embajador de Colombia en Panamá comunicaba al Ministerio de Relaciones Exteriores: "...Buque Alfa ancló muelles Cristóbal Zona del Canal 31 octubre transportando alrededor dos mil sacos café exportados furtivamente zona libre Colón. Cargamento vino consignado a Koffer y Cía. de Balboa Zona del Canal. Dueños café son Eulogio Echeverri, Salomón Sion, vecinos Barranquilla lugar zarpó barco Alfa. Presumiblemente relacionados con negocio ilícito Esteban Macridis, Octavio Osorio...". El 28 de noviembre siguiente, el doctor Alberto Angulo Ruiz, Magistrado del Tribunal Supremo de Aduanas, asumió la investigación y dictó auto cabeza de proceso. El 6 de diciembre de 1956 el investigador profirió auto de detención contra Bautista Duque, Duarte Rodríguez, Agudelo Ríos, Osorio Cuello y Toscano Mojica. Posteriormente fue designado investigador especial el doctor Elberto Téllez Camacho, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quien con fecha 4 de marzo de 1957 dictó auto de detención contra Eulogio Echeverri, Esteban Macridis, Salomón Sion Battan y Julio Zúñiga, negando, dentro de la misma providencia, la libertad provisional caucionada que habían solicitado los detenidos Octavio Osorio Cuello y Ariosto Toscano Mojica.

Mediante providencia del 4 de abril de 1957 el señor Magistrado doctor Téllez Camacho ordenó: "por estar perfeccionada en lo posible, pasen las presentes diligencias a los jueces respectivos, así: el original, junto con los presos Octavio Osorio Cuello y Ariosto Toscano Mojica, al señor Juez Distrital de Aduanas de Cartagena, y la copia, junto con los presos Mayor Víctor M. Bautista Duque, Tenientes Jairo Agudelo Ríos y Jorge Alberto Duarte Rodríguez, al comando de la Segunda Brigada. Esta última disposición se toma en virtud de estar militarizados el personal de las Aduanas, personal militar que goza de fuero especial".

Recibido el proceso contra los señores Octavio Osorio Cuello, Ariosto Toscano Mojica, Esteban Macridis Persis, Eulogio Echeverri, Julio Zúñiga, Salomón Sion Battan, Guillermo Arrázola y Maximio Visbal Rosales, el Juez Distrital de Aduanas de Cartagena evacuó algunas diligencias, entre ellas el emplazamiento de Esteban Macridis, Eulogio Echeverri, Julio Zúñiga y Salomón Sion Battan.

Celebrada la correspondiente audiencia pública durante los días 21, 27, 29, 30 y 31 de mayo, el referido Juzgado del conocimiento profirió con fecha 1º de julio de 1957 la sentencia de primera instancia, en la cual, entre otros, se condenó a Esteban Macridis Persis a la pena principal de seis (6) meses de prisión, "como responsable de complicidad necesaria en el delito de contrabando o fraude a la renta nacional de aduanas, contrabando de café, según hechos ocurridos el veintisiete (27) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956) en jurisdicción del municipio de Calamar, Departamento de Bolívar...". Impusiéronsele, además, como penas accesorias, la publicación especial de la sentencia y la prohibición de ejercer el comercio por un lapso de dos (2) años.

Contra la anterior providencia interpúsose el recurso de apelación para ante el Tribunal Supremo de Aduanas, recurso que fue concedido por auto del 15 de julio de 1957.

Recibido por la justicia castrense el expediente contra los sindicados Mayor Víctor M. Bautista Duque y los Tenientes Jairo Agudelo Ríos y Jorge Alberto Duarte Rodríguez, el Comando de la Segunda Brigada, radicado en Barranquilla, ordenó pasar las diligencias al estudio y concepto del respectivo Auditor.

Previa la actuación de rigor, el 27 de junio de 1957 se inició el Consejo de Guerra Verbal, el cual concluyó el día 15 de julio siguiente condenando al Mayor Bautista y al Teniente Jairo Agudelo, y absolviendo al Teniente Duarte Rodríguez. El fallo de primera instancia se produjo el mismo día 15 de julio de 1957. En él se absolvió al Teniente Duarte Rodríguez de los cargos que se le habían imputado en el proceso y se condenó al Mayor Bautista Duque y al Teniente Agudelo Ríos a la pena principal de dieciséis (16) y catorce (14) meses de prisión, respectivamente, como responsables "de complicidad necesaria en el delito de contrabando de café de que trata este proceso". Contra el fallo anterior interpusieron los condenados, y les fue concedido, el recurso de apelación.

El Tribunal Superior Militar, previo concepto favorable del Fiscal, declaró en auto del 10 de diciembre de 1957 que "no existe nulidad por incompetencia de jurisdicción pues, corresponde a la justicia castrense decidir y conocer del presente juicio", y ordenó, en consecuencia, darle el trámite de segunda instancia.

Más tarde, por auto del 4 de julio de 1958, el Tribunal Superior Militar, con fundamento en el Decreto-ley 0209 de 23 de junio del mismo año, resolvió enviar el referido negocio contra Bautista, Agudelo Ríos y Duarte Rodríguez al Tribunal Superior de Aduanas, por razón de competencia, corporación que, por auto del 6 de agosto siguiente, avocó el conocimiento del mismo y decretó su acumulación al que por la misma causa habíase adelantado ante la justicia penal aduanera contra Eulogio Echeverri, Salomón Sion Battan, Ariosto Toscano, Esteban Macridis y Julio Zúñiga.

Previo concepto de fondo sobre los juicios acumulados, emitido por su Fiscal colaborador, el Tribunal Superior de Aduanas profirió el fallo de segundo grado de que se habló al principio de esta sentencia. La parte resolutiva de dicho fallo, en cuanto se refiere al recurrente, es del siguiente tenor:

"CAPITULO SEGUNDO

Artículo 2º "REFORMASE la declaración 'segunda' de la sentencia dictada por el Juez Distrital de Aduanas de Cartagena —hoy, Juzgado Superior— con fecha primero de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1º-7-1957), la cual quedará así: CONDENASE a la pena principal de nueve (9) MESES de prisión a los señores Esteban Macridis Persis y Julio Zúñiga, de anotaciones personales conocidas el primero y desconocidas el segundo, como responsables de complicidad necesaria en el delito de contrabando y fraude a la renta nacional de aduanas, ocurrido el veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (27-X-1956), en jurisdicción del Municipio de Calamar, Departamento de Bolívar.

Artículo 3º "CONFIRMANSE las declaraciones 'tercera', 'cuarta' y 'quinta' de la sentencia dictada por el Juez Distrital de Aduanas de Cartagena (hoy, Juez Superior) con fecha primero de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1º-VII-1957) en cuanto ellas hacen relación a los señores Ariosto Toscano Mojica, Salomón Sion Battan, Esteban Macridis Persis y Julio Zúñiga, excepcionando al señor Eulogio Echeverri, en razón de la extinción de la acción penal reconocida en el artículo 2º del capítulo

1º de esta providencia, en su parte resolutiva. ....

"CAPITULO CUARTO

Artículo 1º "CONDENASE a los señores Ariosto Toscano Mojica, Salomón Sion Battan, Víctor M. Bautista Duque, Jairo Agudelo Ríos, Esteban Macridis Persis y Julio Zúñiga a pagar solidariamente al Estado, los perjuicios causados por la infracción por la cual se les condena en este proceso.

Artículo 2º "Las penas corporales decretadas serán pagadas por los sentenciados en el lugar de castigo que determine el Gobierno Nacional, y de ellas se descontarán el tiempo que hubieren sufrido en prisión o detención preventiva...".

Tal es, en síntesis, el curso histórico de la actuación en este proceso.

DEMANDA DE CASACION

Inicia el demandante su libelo con la siguiente petición:

"Respetuosamente demando que la sentencia a que aludo, sea casada totalmente, por carecer en absoluto de COMPETENCIA el honorable Tribunal que la profirió, hecho éste que lo privaba de toda jurisdicción para conocer y fallar el presente negocio. Además, demando la casación de la referida providencia, por no haberse configurado, en forma alguna, el delito de *'complicidad necesaria'*, ilícito que, en concepto del honorable Tribunal, fue causa de la condena recaída en mi poderdante. Como consecuencia, respetuosamente solicito de la honorable Corte Suprema de Justicia que, al aceptar esta demanda, ordene la entrega de este negocio a las autoridades legalmente autorizadas para conocer de él al tenor del Decreto 1228 de 1959 y la Ley 1ª del mismo año, sancionada el 16 de enero de dicho año, es decir, a los Administradores de Aduana y a la Dirección General de ese ramo, para que ellas, previo examen del fenómeno de la PRESCRIPCION, resuelvan lo pertinente.

"Igualmente solicito, con todo respeto, que, al pronunciarse la honorable Corte Suprema de Justicia sobre la ausencia absoluta de la configuración del llamado delito de COMPLICIDAD NECESARIA porque fue condenado mi mandante, decrete la absolución de éste y elimine las condenas adicionales que recayeron sobre él".

Casi literalmente transcribe luego el impugnador el relato de la actuación procesal, hecha por el ad quem; sigue luego los pasos del fallo acusado a través de sus resultandos y considerandos, a los cuales hace anotaciones marginales, con el propósito de demostrar la errada apreciación de las pruebas en que, en su sentir y con respecto a Esteban Macridis Persis, incurrió el Tribunal, y concluye formulando los siguientes tres cargos a la sentencia objeto del recurso:

PRIMER CARGO

"ACUSO LA SENTENCIA referida de ser violatoria del título X del libro I del Código Judicial —competencia— artículos 142, 143, 144, 145, 148, 150, 151 de dicha obra.

"Incurrió el sentenciador en la violación de los citados postulados legales por haber ejercido una jurisdicción y una competencia que expresamente le habían sido retiradas por el Decreto número 1228 de 1959, expedido por autorización expresa de la Ley 1ª de 1959.

"EN EFECTO: La sentencia acusada se pronuncia sobre hechos que fueron sustraídos, concretamente, por orden expresa y calificación clara del Decreto —1228— de 1959.

"El sentenciador avocó el conocimiento de esos hechos, con conocimiento expreso, por parte del honorable Tribunal en pleno, como lo acredita el salvamento de voto formulado por el Magistrado doctor Miguel J. Durán, en este negocio, de que la jurisdicción y la competencia que antes tenían las autoridades penales aduaneras, les habían sido retiradas, en forma expresa, por el mencionado Decreto —1228— de 1959. Por tanto, el sentenciador, con la providencia que acuso, violó, quebrantó, en forma expresa y concreta, cada una de las disposiciones consagradas en el título X —la competencia— del libro I del Código de Procedimiento Civil, usurpando la jurisdicción y la competencia asignadas por el precitado decreto a las autoridades administrativas de Aduana: Administradores y Director General de Aduanas.

"Claramente dice el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil: 'Usurpan jurisdicción los jueces, cuando la ejercen sin tenerla legalmente; cuando conocen o proceden contra resolución ejecutoriada del superior; cuando se toman mayores facultades de las que se les confiere en la comisión, y cuando hacen revivir procesos legalmente concluídos. Los superiores tam-

bién usurpan jurisdicción cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores'.

"El artículo 151 de la misma obra, consagra: 'Por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa'.

"El artículo 143 de la obra citada, define: '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'.

"Y el artículo 144 de la obra citada, establece: 'La jurisdicción solo puede ejercerse por las diversas autoridades judiciales dentro del respectivo territorio señalado por la ley'.

"La honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho: 'La competencia que tiene un juez para conocer de un negocio determinado no se deriva de la adjudicación que se le hace en la distribución entre varios jueces de igual categoría de un circuito, sino de tener el carácter de juez y de ser el juez que, en virtud de normas que rigen la ordenación de la competencia, puede conocer de tal negocio'. (Sent. de 21 de junio de 1949, LXVI, 269).

"Estas normas, tanto las legales citadas como la doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia, fueron violadas por el sentenciador, cuya sentencia estoy acusando, por cuanto desprovisto de la competencia y la jurisdicción necesarias, avocó el conocimiento, diligenció hasta el final el negocio y sentenció condenando a ciudadanos que no estaban sometidos a tal fallo, por expresa prohibición del Decreto 1228 de 1959, vigente entonces y vigente en la actualidad.

"Para demostrar con plenitud absoluta que esta acusación contra la sentencia del doce (12) de diciembre de 1959, proferida por el honorable Tribunal Superior de Aduanas, es procedente, me permito hacer míos, en su totalidad, los argumentos esgrimidos y admirablemente traídos al proceso, por el señor Magistrado doctor Miguel J. Durán, en su salvamento de voto presentado al honorable Tribunal el doce (12) de enero del corriente año y que obra a folios 351 a 361 del cuaderno número siete (7)". (Subrayó el demandante).

. . . . . .

SEGUNDO CARGO

"Acuso igualmente la sentencia referida de haber violado por infracción directa, el artículo 26 de nuestra Constitución Nacional.

"EN EFECTO: El sentenciador violó la Constitución Nacional en su artículo 26 por cuanto ese Tribunal no era competente para juzgar a los ciudadanos que juzgó, de acuerdo con el Decreto número 1228 de 1959; también violó este artículo puesto que no pudo, ni podía, por carecer de competencia y jurisdicción, observar la plenitud de las formas propias del juicio señalado, para el caso a estudio, por el tantas veces mencionado Decreto 1228 de 1959.

"Igualmente quebrantó la sentencia acusada, nuestra Constitución en su artículo 26, por cuanto, tratándose, como se trataba, de un Decreto —el 1228 de 1959—, ley favorable para el caso de mi representado y del caso en estudio, no lo aplicó, encaminándose al campo vedado, por orden legal expresa, para ese Tribunal.

TERCER CARGO

"Acuso la sentencia ya referida, por ser no solo contradictoria con los hechos demostrados en el expediente, en favor de mi mandante, sino de una contraevidencia absoluta frente a los hechos procesales.

"Esa contraevidencia y esa contradicción palpables, hicieron que el Tribunal, por medio de la sentencia acusada, no pudiera configurar, en forma alguna, la COMPLICIDAD NECESARIA que se adjudicó al señor Esteban Macridis Persis, desconociéndole, por error esencial de hecho y de derecho y por aplicación errónea de decretos no aplicables, la indiscutible explicación de todas sus actuaciones como *arrendador y administrador de la motonave 'Alfa'*.

"Por haber aplicado Decretos como el 0700 de 1954, como el 1504 de 1956, el 1432 de 1940 y el 188 de 1958 equivocó, fundamentalmente, la calificación jurídica de los actos realizados por el señor Esteban Macridis Persis, adjudicándole hechos falsos, ejecuciones no acreditadas en el proceso, relaciones inexistentes, culpabilidad ajena a su responsabilidad y calificándolo con hechos jurídicos cuya configuración legal no aparece demostrada, ni en el proceso ni en el texto de la sentencia, cometiendo, de este modo, una flagrante violación de las normas procesales con detrimento grave de los derechos consagrados en favor de mi mandante.

"Esta sentencia desestimó, en su totalidad, las pruebas, los argumentos y las razones apor-

tadas al proceso por los apoderados y voceros de Esteban Macridis Persis, para lanzarse a una calificación injurídica y sin basamento legal, para condenarlo por una COMPLICIDAD NECESARIA, solo existente en la mente del sentenciador". (Las mayúsculas y el subrayado es del demandante).

Finaliza el impugnador "advirtiendo que la causal demostrada en el cargo primero, es fundamental para esta casación, quedando los demás elementos de acusación, presentados en forma subsidiaria". A continuación reitera la petición formulada al principio de su escrito.

CONSIDERA LA SALA:

1) Para los casos pertinentes de delito de contrabando, el artículo 20 del Decreto Legislativo número 188 de 1958 estableció dos causales de casación a saber:

1ª "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea.

"Si la violación proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que la demanda puntualice y demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho o en error manifiesto de hecho, siempre que alguna de esas dos clases de error incida en elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o en circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción.

2ª "Cuando el proceso esté afectado de nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable, o por no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas, a menos que en este caso el procesado se haya hecho presente en el juicio sin hacer reclamación a este respecto dentro de los cinco días siguientes a su apersonamiento. La falta de notificación no puede invocarse sino por quien haya debido recibirla".

En la demanda presentada en este proceso el actor no invoca de modo expreso ninguna de las dos causales anteriores. Tal omisión acusa un notable error en cuanto a la técnica del recurso, de suyo tan exigente. —Sin embargo, del texto de los cargos transcritos se deduce que el impugnador, al tratar la materia relativa a los dos primeros, quiso invocar la causal segunda del artículo 20 del citado decreto; y que el tercero y último cargo alude implícitamente a la causal primera de la misma disposición.

En substancia, el primer cargo consiste en afirmar que cuando el Tribunal, con fecha 12 de diciembre de 1959, profirió el fallo impugnado, carecía de jurisdicción para hacerlo, por cuanto el Decreto 1228 del mismo año, ya vigente, había reducido el contrabando a la categoría de simple contravención —en sentir del demandante—, atribuyendo su conocimiento en primera instancia a los Administradores de Aduanas, y en segunda, a la Dirección General de Aduanas.

De allí que el impugnador considere, haciendo ya este planteamiento objeto del segundo cargo, que al no darle aplicación al nuevo estatuto —Decreto 1228 de 1959— el sentenciador de instancia violó el principio contenido en el artículo 26 de la Constitución, conforme al cual, "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

2) Importa advertir que el tema, en lo fundamental, fue suscitado y debatido en las instancias. Así, en el numeral 1º de los "considerandos" del fallo acusado, bajo el rubro de *"Competencia del Tribunal por la naturaleza del negocio"*, dijo el ad quem:

"El caso de autos comprende la exportación ilícita de 2.319 sacos de café, y la violación de disposiciones legales que requerían diligencias especiales que fueron burladas por los interesados en el contrabando.

"De conformidad con la legislación, artículos 175 y 178 del Código Fiscal, —Ley 79 de 1931, Decreto 1504, 2543 y 2525 de 1956, Resolución número 400 de 1956, y Decreto 700 de 1954— vigente en la fecha de la comisión del ilícito, la jurisdicción especial penal aduanera es competente, de manera privativa, para conocer y juzgar sobre estos procesos.

"Enseñado el contrabando de exportación de café como delito, adscrito privativamente a la jurisdicción penal aduanera, y con el fin de multiplicar las medidas preventivas que se estimaron necesarias, el legislador de 1959 dictó la Ley 1ª de este año la cual, en su texto, —artículo 32— ratificó la categoría del ilícito de contrabando de exportación como delito al expresar: 'La salida del país de un producto cualquiera sin el lleno de los requisitos ordenados por los artículos anteriores se considera como contrabando y dará lugar a la aplicación de las sanciones que para éste prescriben las *disposi-*

ciones vigentes', y las cuales, como ha sido constantemente reconocido por el texto legal y por la jurisprudencia estructuran dicho ilícito como delito y señalan jurisdicción especial y penalidades determinadas para su juzgamiento y sanción.

"El Decreto 1228 de 1959 expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las atribuciones especiales otorgadas por la citada Ley 1ª de 1959, prescribió las medidas necesarias para 'prevenir el contrabando de exportación e importación' reglamentando el tráfico fronterizo y señalando nuevas sanciones para los infractores, sin que se advierta o pueda estimarse que se extralimitaron las atribuciones con desmedro de la categoría del ilícito, comoquiera que la inteligencia del articulado, y la facultad para dictarlo, en forma alguna enseñan o permiten deducir que se despojó al contrabando de la calidad de delito y se le redujo —sin facultades ni poderes— a la categoría de una simple contravención que ni el legislador enseñó ni el Ejecutivo determinó con plena facultad para verificarlo.

. . . . . .

"Consecuencialmente, mientras el legislador por acto propio y directo, conforme a la ley, no preceptúa la derogación de las disposiciones legales vigentes que enseñan el contrabando de exportación como delito justiciable por la jurisdicción especial aduanera, ésta es competente para juzgar tales ilícitos no obstante que la administración lo sea para los efectos de sancionar las contravenciones a los reglamentos de tráfico de la misma mercancía dentro del territorio nacional".

3) En realidad, el Decreto 1228 de 1959 tuvo origen en las autorizaciones conferidas al Gobierno Nacional por medio del artículo 32, inciso 2º, de la Ley 1ª del mismo año, cuyo tenor literal es el siguiente:

"El Gobierno Nacional queda autorizado para adoptar las medidas que sean indispensables *a fin de prevenir* el contrabando de exportación e importación, y reglamentar el tráfico fronterizo, lo mismo que para señalar las sanciones a que quedarán sujetos los negociantes, exportadores y transportadores de café que tuvieren participación directa o indirecta en el tráfico de contrabando de este producto".

Esa atenta lectura de las disposiciones del Decreto 1228, conformadas al espíritu de las autorizaciones, permite concluír que el sentido finalista de aquéllas fue el de prevenir el contrabando de café a través de una serie de medidas, medidas cuya naturaleza y alcance —como lo ha expresado la Corte— no cabe confundir con la represión de ese mismo contrabando como entidad delictuosa, hecho que, una vez consumado, *"dará lugar a la aplicación de las sanciones que para éste prescriben las disposiciones vigentes"*, según lo establece con suma claridad el artículo 32 de la Ley 1ª de 1959 en su primer inciso. Los fines específicos del decreto están determinados en la frase que le sirve de encabezamiento y que, por lo demás, guarda armonía con el contenido de su articulado: "por el cual se dictan unas medidas *para prevenir el contrabando de exportación de café"*, locución en la cual el infinitivo "prevenir" debe entenderse en su sentido natural y obvio, o sea en el de "precaver, evitar, estorbar o impedir una cosa".

El Decreto 1228 no conlleva, pues, la virtud de un estatuto represivo, como pretende sostenerlo el demandante. Los procesados en el caso de autos fueron condenados por hechos delictuosos previstos y sancionados por normas represivas preexistentes a esos mismos hechos. Por tanto, no era aplicable, en tal evento, el susodicho decreto 1228, que solo buscó *prevenir, evitar, estorbar o impedir el contrabando.* Y no siendo aplicable, es apenas lógico que la nulidad planteada a través de los cargos primero y segundo de la demanda, con apoyo en las citadas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 26 de la Carta, no puede prosperar.

4. El tercer cargo descansa esencialmente, como se ha visto, en la afirmación de que la "sentencia desestimó, en su totalidad, las pruebas, los argumentos y las razones aportadas al proceso por los apoderados y voceros de Esteban Macridis Persis, para lanzarse a una calificación injurídica y sin basamento legal, para condenarlo por una COMPLICIDAD NECESARIA, sólo existente en la mente del sentenciador".

Al ocuparse el fallo impugnado de la responsabilidad del señor Macridis Persis en el caso de autos, dijo el Tribunal:

"El doctor Nicolás Jaramillo, apoderado de Esteban Macridis, en ponderado estudio, hace la defensa de su asistido solicitando la revocación de la condena, contra éste decretada, fundamentándola en que la diligencia de éste se concretó a arrendar a Sión Battan la nave para el transporte de carga a Panamá y que no eran o no correspondían a él, sino al arrendatario Sion Battan, la consecución de licencias, zarpes,

sobordos, etc., referentes a la viabilidad legal de la exportación. Mas el Tribunal observa que no obstante la habilidosa defensa del sindicado, son hechos evidentemente demostrados dentro del plenario, por la propia declaración de Macridis que: a) El contrato celebrado con Sion Battan no fue de arrendamiento de la barcaza, sino de 'transporte' del café de la bodega 'La Colorada' a Panamá, —Fl. 136 y 137 Cd. 2º—, y por consiguiente las obligaciones de administrador quedaban plenas respecto de vigilancia, custodia, revisión de documentos, etc.; b) Que tal contrato de transporte se realizó entre Macridis y Sion Battan el día 25 de octubre; c) Que al día siguiente de contratar con Sion Battan el transporte del café hasta Panamá para entregarlo, según lo expresa en su declaración, a L. K. Coffer, él, Macridis, se dirigió a Echeverri & Cía. solicitándole la diligencia de obtener el zarpe en lastre, el cual fue obtenido el día 26 del citado octubre, Fls. 275, cuaderno 4º y 136, cuaderno 2º.

"Por otra parte, observa el Tribunal, respecto del señor Macridis que, si en realidad el contrato celebrado con Sion Battan hubiera sido el de arrendamiento simplemente, la diligencia de dicho sindicado no lo hubiera llevado hasta Calamar el día 27 de octubre, comoquiera que nada justificaba su asistencia. Además, la disculpa de no haber revisado los papeles que autorizaban el transporte del café a Panamá y la movilización de la barcaza hasta el exterior, por no tener los anteojos ni el día del contrato celebrado con Sion, ni el día del cargue del café en Calamar —Fls. 137 Cd. 2º y 275 Cd. 4º— en forma alguna exculpa al sindicado de los cargos, comoquiera que ni siquiera se valió del capitán de la nave señor Zúñiga quien, como se ha expresado es culpable también por la no verificación de la legalidad de la exportación.

"Respecto de la defensa sobre error esencial de hecho motivado por la presencia del teniente Agudelo Ríos en el momento del embarque del café en el Alfa, estima el Tribunal, que dicho alegado error no milita ni opera en la forma como para ante el Administrador Arrázola se presentó el mismo hecho, ya que, el mismo Macridis confiesa sabía de antemano, y por eso contrató el transporte hasta Panamá, la intención de los interesados en el café para exportarlo, y no obstante este conocimiento solicitó la expedición del zarpe en lastre al día siguiente para Buenaventura. De manera que para Macridis no eran ni podían ser válidas ni la presencia de Agudelo Ríos ni la documentación por éste exhibida, ni la manifestación de que el café iba para Barranquilla por ordenamiento del Capitán de Puerto Mayor Bautista, ya que él sabía de antemano que dicho café iba rumbo a Panamá.

"Por tanto, respecto de Macridis Persis no puede aceptarse existencia de error esencial de hecho, ni valoración falsa de los hechos que hubiera motivado la falsa apreciación que se alega, comoquiera que estando en autos de lo premeditado por los interesados en la exportación ilícita es contradictorio el sostener, en su defensa, descuido, omisión o negligencia. Por tanto, ni existió buena fé, ni se procedió en razón de error esencial para en virtud del mismo evento deducir irresponsabilidad".

Y ya antes el Tribunal había expresado en la sentencia impugnada:

"Los elementos de convicción o hechos indiciarios de naturaleza grave y necesaria que conducen a hallar plenamente demostrado el cuerpo del delito y la responsabilidad de los autores necesarios del ilícito de contrabando a que se contrae el presente proceso son los siguientes:

a) "El haberse llevado a Calamar, puerto no autorizado para la exportación, la cantidad de 2.319 sacos de café de 70 kilos cada uno; dicha mercancía, está acreditado, pertenecía, a Eulogio Echeverri 500 sacos, Ariosto Toscano 800 sacos y Luis Andelfo Granados —representado en todo el iter criminis por Ariosto Toscano, 1.000 sacos—. Calamar está ubicado estratégicamente, por cuanto allí el café puede ser transportado hacia Cartagena o Barranquilla, en el primer caso, por la vía del Dique, y en el segundo, por Bocas de Ceniza.

b) "Depositado el café en la bodega 'La Colorada', en los últimos días de junio y primeros de julio de 1956, él vino a quedar prácticamente congelado en razón de, entre otros, del Decreto 1504 de 28 de junio de dicho año, y en virtud de las Resoluciones 0265, 0266, 0268 y 0271 de 1956 dictadas por la Dirección General de Aduanas, la cual ordenó y ejerció vigilancia constante sobre la bodega y determinó que la movilización del grano sólo podía hacerse por orden de la Dirección.

c) "Echeverri en un principio por sí y por Granados y Toscano, luego en nombre propio, y, Toscano en el suyo y en el de Granados diligenciaron ante la Dirección General de Aduanas el permiso de movilización del grano hacia Barranquilla para depositarlo en los Almacenes del Banco del Comercio a fin de diligenciar lo pertinente conforme a reglamentos y a ley sobre reconocimiento, clasificación, expedición de

guías y exportación regular del mismo grano. Estas diligencias lo fueron simultáneas, conforme corre demostrado en autos y en las solicitudes se apremiaba la urgencia por los perjuicios de desmejoramiento de la mercancía.

d) "Tras dispendiosa diligencia ante la Dirección General de Aduanas ésta dictó las Resoluciones 0395 y 0396 permitiendo la movilización del café, únicamente hacia Barranquilla, bajo la vigilancia del resguardo de aduanas y comisionó para verificar la apremiante solicitada entrega, a altos funcionarios de la Dirección, señores doctor Maximio Visbal y José Joaquín Villamizar Mendoza, funcionarios éstos que procedieron a hacer entrega el día 27 de septiembre de 1956, de conformidad con las actas cuyas copias obran a folios 130 a 133 cuaderno 3º.

e) "Los dueños del café no procedieron a verificar la movilización del grano el día 27 de septiembre en que les fuera entregado, sino que obtuvieron un plazo de 30 días otorgado por los comisionados, habiendo dejado en depósito de Guillermo Arrázola, Administrador de la bodega, dicha mercancía que había sido ordenada conducir a Barranquilla, según el texto de las citadas Resoluciones 0395 y 0396. Es de notar que los 1.800 bultos entregados a Toscano, en su nombre y en el de Granados, fue indebidamente autorizado, contra el ordenamiento de la Resolución, movilizar a Cartagena o a Barranquilla, por el comisionado para la entrega, siendo así que el mandato por cumplir preceptuaba que tan sólo fuera transportado a esta segunda ciudad.

f) "El cambio de policía de resguardo que custodiaba la bodega, cambio ordenado por el Mayor Bautista Duque, sin expresar ni consignar razón válida y acreditada sobre su motivación.

g) "La orden dada por el Mayor Bautista Duque el 26 de octubre para desguarnecer a Calamar; el desguarnecimiento de este puerto so pretexto de una 'parada' en honor del Director de Aduanas; y el hecho notorio de no haber ordenado igual cosa respecto de los puestos de 'Juan Mina', 'Puerto Giraldo' y 'Puerto Colombia' más cercanos a Barranquilla, todo ello sin conocimiento del Director General del Departamento de Resguardo.

h) "Expedición del 'zarpe' por el Mayor Bautista Duque y con la firma del Teniente Agudelo Ríos como Secretario de la Capitanía, indicándose —contra todo procedimiento— dos puertos en lugar de uno.

i) "Haber designado, el Mayor Bautista, al Teniente Agudelo como oficial de planta, para el día 27 de octubre, habiéndolo acompañado a embarcarse en la 'Alfa' el día 26, ocurrencia sucedida estando vestido Agudelo con prendas distintivas de Teniente de Resguardo de Aduanas.

j) "Ser Eulogio Echeverri dueño de 500 sacos de café, y haberse utilizado la motonave 'Alfa' que era administrada y gerenciada por Echeverri & Cía., entidad de la cual era socio el precitado Echeverri.

k) "El hecho de haberse solicitado por el Teniente Agudelo reservación en el Hotel Plaza de Cartagena para el día 27 y no haber hecho uso de la misma, habiendo posteriormente pagado el valor como si hubiese usado de aquélla.

l) "Las llegadas simultáneas a Calamar el 27 de octubre del Teniente Agudelo en la barcaza 'Alfa', de los propietarios del café, señores Echeverri y Toscano —éste representando además a Granados—, de Sion Battan, Osorio y Macridis.

ll) "La presentación por Agudelo Ríos al Inspector Fluvial de la documentación del 'zarpe' y sobordo elaborados en Barranquilla, y la atestación de que iba por orden del Mayor Bautista a movilizar el café hacia Barranquilla, prometiendo devolverle los papeles desde Cartagena.

m) "El hecho de la entrega real que el administrador de la bodega, señor Arrázola hizo a los dueños del café —Granados representado por Toscano—, y el cargue de dicha mercancía por los braceros del sindicato, en presencia del Teniente Agudelo Ríos.

n) "La contratación del transporte del café hasta Panamá hecha por Sion Battan con el Administrador de la motonave señor Esteban Macridis pagándole un precio superior al ordinario y corriente, y la aceptación de la carga por el señor Julio Zúñiga Capitán de la motonave sin haber percibido los papeles y documentación respectiva sobre legalidad de la exportación.

o) "No haber accedido el Mayor Bautista Duque a hacer entrega del puesto de Capitán del Puerto al titular Mayor Urdaneta el día 26 de octubre cuando éste fue, regresado de Bogotá, a reasumir sus funciones.

p) "Haber llegado el café a Panamá, en la barcaza 'Alfa', bajo el cuidado directo de Salomón Sion Battan y haberlo consignado a Koffer & Cía. de Balboa persona quien a su vez lo entregó a Sion Battan, según constancias del expediente.

q) "Informes de la Federación Nacional de Cafeteros sobre no habérsele presentado el café para su reconocimiento, clasificación y expedición de guías para la correcta y legal exportación del grano.

r) "Manifestación de los dueños del café sobre su clase y calidad de exportable, en las distintas solicitudes a la Dirección General de Aduanas en demanda de permiso de movilización; denuncia que del mismo café hizo el Administrador de la bodega, señor Arrázola sobre la calidad del grano, justipreciación del valor del café hecha por la Federación Nacional de Cafeteros de $ 360 para el saco de 70 kilos el café excelso y $ 336.00 el saco de 70 kilos de café 'consumo'.

rr) "Violación de las disposiciones Decreto 1504 de 1956, 2525 de 1956, Resolución 400 de 1956, artículo 3º Decreto 1432 de 1940, Decreto 2602 de 1951 sobre impuesto de exportación del café, el cual no fue satisfecho por los contrabandistas, los cuales ni diligenciaron la presentación, reconocimiento, clasificación y expedición de guías, ni los permisos y contratos correspondientes para legalizar y viabilizar en derecho y conforme a reglamentos, la salida del café al extranjero.

s) "No haberse acreditado ni en el hecho ni en derecho, las ventas de café que alegan en el expediente los señores Echeverri y Toscano, no habiendo demostrado la existencia del llamado Honorio Castro, ni la realidad o verificación de la venta que Echeverri dice autorizar a Sion Battan.

t) "El hecho cierto e indubitable, no negado ni demeritado por los sindicados, de haberse exportado el café, que se encontraba en la bodega 'La Colorada' en cantidad de 2.319 sacos de 70 kilos cada uno, el día 27 de octubre de 1956, hacia Panamá, sin haberse diligenciado y cumplido ninguna de las exigencias legales pertinentes y sin haber obtenido el permiso correspondiente de exportación, y haber celebrado el contrato con la Oficina de Registro de Cambios respecto de la reintegración de los dólares provenientes de tal exportación".

"Los hechos que se compendian en el numeral anterior —agrega el Tribunal— se encuentran debidamente acreditados y comprobados. Son independientes unos de otros y, todos ellos, convergen hacia una única conclusión; son elementos —unos graves y otros necesarios— de convicción no solamente respecto de la comisión del ilícito sino, de la concurrencia de la participación y actividad relacionada de los señores Echeverri, Toscano, Sion Battan, Mayor Bautista Duque, Teniente Agudelo Ríos, Esteban Macridis Persis y Julio Zúñiga quienes, dada la naturaleza del hecho, el modo de ejecución, el objeto, la calidad de la infracción, su previo concierto y su necesaria interdependencia y correlación se acreditan y demuestran dentro del plenario como responsables directos, conscientes y dolosos del ilícito objeto de autos".

Continúa luego la sentencia impugnada analizando exhaustivamente la responsabilidad de cada uno de los procesados, circunstanciado examen en el cual quedó incluído el relativo a la conducta del señor Macridis Persis.

No puede afirmarse válidamente entonces que el fallo acusado "desestimó, en su totalidad, los argumentos y las razones aportadas al proceso por los apoderados y voceros de Esteban Macridis Persis", ni que la responsabilidad de éste como cómplice necesario en el caso de autos exista sólo "en la mente del sentenciador".

5. Está demostrado en el informativo que Macridis Persis es persona ampliamente versada en la industria de la navegación; que para la época a que se contrae el proceso ejercía la administración omnímoda de la motonave "Alfa", labor a la cual venía dedicado desde el año de 1947, como él mismo lo afirma en su declaración visible a folios 136 y 137, Cd. 2º; que dicha embarcación, para la época en que se cometió el ilícito, era de propiedad de un hermano suyo y de la esposa del recurrente, señora Blanca Posso de Macridis; que habiendo solicitado el zarpe en lastre para la motonave "Alfa", no podía aceptar carga para transportar; que el contrato celebrado el 25 de octubre entre Esteban Macridis como administrador de la motonave "Alfa" y Salomón Sion Battan no fue de arrendamiento de la nave, como pretende sostenerlo el demandante, sino de *transporte* del café de la bodega "La Colorada" a Panamá. La naturaleza de dicho contrato se deduce con suma claridad de lo que el mismo Macridis declara sobre el particular. En efecto, dice: "... me propuso que si le llevaba un café que estaba en Calamar hacia Panamá..." Y agrega: "La cantidad de café que había en depósito y que había que transportar y que fue transportado ascendía a la cantidad de dos mil trescientos trece sacos". Seguidamente acepta que el precio ajustado, por unidad, o sea por cada saco, fue de veinticinco pesos, precio que el mismo Macridis reconoce como "bastante elevado". (Fls. 136 y 137, Cd. 2º). Es lógico, por tanto,

como lo expresa con acierto el Tribunal, que siendo el susodicho contrato de transporte y no de arrendamiento de la barcaza "Alfa", quedaran plenamente vigentes las obligaciones del transportador respecto de "vigilancia, custodia, revisión de documentos, etc.". Las características del contrato aludido surgen igualmente nítidas de la siguiente confesión de Macridis: "El café debía ser consignado según me lo pidió Salomón Sion al señor L. Koffer, el respectivo Agente, que es bastante conocido en Balboa —Zona del Canal— por dedicarse a la Agencia de buques. Hasta la fecha no me han pagado *el flete del transporte de este café*". Se halla, por último, comprobado, que Macridis estuvo en Calamar el 27 de octubre de 1956, presenciando la labor de cargar la barcaza "Alfa" con el café cuyo transporte él había contratado.

Este fue, en síntesis, el acervo probatorio que, analizado con pausa y rigor jurídico, llevó al sentenciador de segundo grado a estimar la conducta antijurídica y punible del señor Macridis Persis como constitutiva de complicidad necesaria en la perpetuación del ilícito de autos. La Corte prohija el criterio del ad quem al respecto, y comparte asimismo las razones en que se apoyó el Tribunal para desechar el error esencial de hecho, que la defensa alegó desde entonces y que ahora, nuevamente, ha pretendido plantear en casación.

6. No es lo mismo enunciar o plantear un cargo que demostrarlo. Ni en el capítulo dedicado en la demanda al tercer cargo, ni en la parte general en donde en forma antitécnica se interpolaron algunos comentarios a los "resultandos" y "considerandos" de la sentencia recurrida, presentó el impugnador razones y argumentos con virtualidad suficiente para demostrar un yerro ostensible o manifiesto del juzgador de segunda instancia en la valoración de la prueba. En estos casos es preciso demostrar que el Tribunal, al apreciar las pruebas en que los hechos se sustentan, erró de manera protuberante, atribuyéndoles un valor de que carecen, o negándoles el que realmente tienen. Una simple diferencia de criterios en cuanto a la racional interpretación de los elementos de juicio no autoriza para invalidar una sentencia contra la cual se arguye error de hecho, porque el sentenciador, dentro del sistema legal-moral imperante en el procedimiento penal colombiano, tiene un prudente y necesario arbitrio para estimar las pruebas.

En reiteradas oportunidades ha expresado la Corte que siendo el objeto de la demanda de casación el fallo de segundo grado, este recurso extraordinario, en los casos en que conforme a la ley es pertinente, se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que ampara o protege aquel supremo acto jurisdiccional. Por ello al impugnador incumbe la obligación de combatir y destruír con razones jurídicas los fundamentos o considerandos en que el sentenciador que profirió la sentencia acusada se apoyó para llegar a determinadas conclusiones. Si, como es lógico, la sentencia materia del recurso debe ser fundada, no es menos cierto que la demanda también debe serlo. Si no lo es, a la Corte le está vedado suplir oficiosamente los vacíos o deficiencias de que el libelo adolezca, porque, como lo ha repetido esta Sala en numerosas ocasiones, existen notables diferencias entre el especialísimo recurso de casación y una tercera instancia. El cargo estudiado, en consecuencia, no prospera.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Aduanas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITO DE HOMICIDIO. COOPERADOR NO NECESARIO

Cuestionarios propuestos al Jurado. El factor intencional es el que le da al cooperador el carácter de copartícipe de la infracción.

El cooperador no necesario, aunque desarrolla una actividad secundaria y accesoria en relación con el autor material o inmediato del delito, es lo cierto que tanto éste como aquél, obran con unidad de intención, lo cual supone identidad de dolo jurídico y específico, pues el factor intencional es el que le da al cooperador el carácter de copartícipe de la infracción penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia del 2 de diciembre del año pasado, al confirmar la de primer grado proferida por el Juez 3º Superior de la misma ciudad, condenó a los acusados Jaime de Jesús Rodríguez Zapata y Samuel Rodríguez Rojo a las penas principales de ocho y cuatro años de presidio, respectivamente, como autor el primero y como cómplice no necesario el segundo, del homicidio consumado en la persona de Octavio de Jesús Pérez Viana, el 23 de noviembre de 1958, en el paraje denominado "El Tambo", municipio de Angostura, en el Departamento de Antioquia.

Los procesados oportunamente interpusieron el recurso de casación contra el expresado fallo del Tribunal de Medellín, el que fue sustentado por el doctor Jorge Moreno Ortiz, quien elaboró la demanda como apoderado especial de Samuel Rodríguez Rojo. En cuanto al procesado Jaime Rodríguez Zapata su apoderado no formuló demanda de casación, por lo cual el recurso por aquél interpuesto habrá de declararse desierto.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El Tribunal Superior de Medellín hace de los hechos que dieron origen a este proceso el relato siguiente:

"El veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho, se celebraba el acto final del año lectivo en la Escuela 'Santa Bárbara' del paraje *El Tambo* perteneciente al municipio de Angostura.

"Desde las primeras horas de la tarde y después del acto público escolar, numerosos campesinos de aquella región fueron a reunirse en el interior y en los alrededores de la pequeña fonda y cantina de propiedad del señor Jesús María Roldán situada en dicho lugar.

"Allí en esa fonda charlaban amenamente los vecinos, estimulados por los licores que consumían y entusiasmados y alegres por la música que se dejaba oír de los instrumentos de cuerda que manejaban Manuel Correa y Jaime Rodríguez Zapata.

"Nada hacía temer acontecimiento alguno desagradable. Todo era amistad y buen comportamiento y la parranda transcurría normalmente. Pero sucedió que, como *a las ocho de la noche de aquel domingo 23 de noviembre de 1958,* y cuando Jaime González y Aldemar Guerra estaban entregados a la charla y a los juegos de manos, en forma cariñosa y cordial entre sí, a Guerra se le ocurrió dar un golpe con su peinilla sobre el mostrador de la cantina, incidente que no obstante haberlo ocasionado Guerra sin

ánimo ofensivo para nadie, vino a ser, desgraciadamente, la chispa que provocó el grave hecho sangriento de que aquí se trata.

"Al efecto, al oír el golpe que con su machete y en son de chanza dio sobre el mostrador de la cantina el citado Aldemar Guerra, se levantó Octavio Pérez Viana, quien estaba embriagado, y con su peinilla dio otro cintarazo sobre el mismo mostrador a la vez que indagó sobre lo que pasaba. Le explicaron que era una charla de dos amigos. Aceptó buenamente la explicación y volvió Pérez Viana tranquilo a ocupar el sitio donde antes estaba conversando con su amigo Manuel Gaviria. Pero el músico *Jaime Rodríguez Zapata,* quien tocaba la guitarra y estaba también ebrio, suspendió la ejecución, y rápidamente, dejando a un lado su instrumento, fue a inquirir acerca de lo que ocurría, y le dieron idéntica explicación: que era una simple charla entre Jaime González y Aldemar Guerra. Pero *Jaime Rodríguez Zapata* no quiso avenirse a la explicación, y dijo: 'que ese cliente, refiriéndose a Octavio Pérez, no tenía por qué brincar', y entonces sacó un cuchillo el mismo Jaime Rodríguez, y le dijo a Octavio 'si me tirás, te morís', y Octavio ahí mismo le mandó un guascazo o mejor un planazo con la peinilla..." (9).

"Es de advertir que, en este primer encuentro armado, entre *Jaime Rodríguez Zapata* y *Octavio Pérez Viana,* en que ambos se tiraron empleando aquél su cuchillo y éste su peinilla, nada ocurrió, debido a que los compañeros y amigos de ambos intervinieron, los separaron *y sacaron a Jaime* y cerraron la puerta, quedando Octavio dentro de la fonda.

"Cuando fue sacado de la fonda, para evitar la pelea, Jaime salió diciendo, en tono desafiante, 'que lo dejaran entrar para que conocieran a Jaime Rodríguez', así lo dicen varios testigos (23...); no obstante esa actitud de Jaime, quizá la situación no se hubiera agravado, pero ocurrió que Samuel Rodríguez Rojo, quien estaba por ahí en el patio, también bajo los efectos del licor embriagante, al darse cuenta de que la cuestión era con su hijo, sacó su peinilla, la rastrilló en el empedrado, dio con ella un golpe a la puerta de la cantina, la empujó con el hombro y la abrió (14-19-20). Fue este el momento culminante de la tragedia, pues *Jaime Rodríguez Zapata,* seguido por su padre, entró a la fonda y dirigiéndose a *Octavio Pérez Viana,* quien permanecía quieto y calmado, le clavó el cuchillo que penetró al corazón por la aurícula derecha; y cuando se desplomaba Octavio, mortalmente herido, *Samuel Rodríguez Rojo,* padre de Jaime, le asestó con su peinilla y lo lesionó sobre el hombro derecho. Los circunstantes intervinieron para que los sindicados no fueran a tirarle más, pues vieron que Octavio Pérez Viana fallecía en esos momentos".

Por auto del 8 de septiembre de 1959, que fue confirmado en todas sus partes por el superior, el Juez 3º Superior de Medellín llamó a responder en juicio por los trámites ordinarios y con intervención del jurado a Jaime Rodríguez Zapata, como presuntivamente responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Octavio de Jesús Pérez Viana, y al padre de aquél, Samuel Antonio Rodríguez Rojo, como cooperador no necesario de dicho homicidio.

De acuerdo con el auto de proceder y con sujeción de lo ordenado en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, al Tribunal de conciencia se le sometieron los cuestionarios, cuyos textos son del tenor siguiente:

CUESTION PRIMERA:

¿El acusado Jaime de Jesús Rodríguez Zapata es responsable de haber lesionado con arma corto-punzante (cuchillo), con propósito de matar, al señor Octavio de Jesús Pérez Viana, a consecuencia de lo cual falleció éste instantes después; hechos ocurridos a eso de las ocho de la noche del 23 de noviembre de 1958, en la fonda o cantina de Jesús María Roldán Correa, situada en el paraje denominado "El Tambo" en el municipio de Angostura de este Departamento?

CUESTION SEGUNDA:

¿El acusado Samuel Antonio Rodríguez Rojo es responsable de haber cooperado, en forma no necesaria, a la ejecución de la muerte que, con el propósito de matar, ocasionó su hijo Jaime de Jesús Rodríguez Zapata al señor Octavio de Jesús Pérez Viana, hecho ocurrido a eso de las once de la noche del 23 de noviembre de 1958, en la fonda o cantina de Jesús María Roldán Correa, situada en el paraje denominado "El Tambo" en el municipio de Angostura en este Departamento?

La respuesta del Jurado fue un "SI" para ambos cuestionarios, sin ninguna agregación.

En desarrollo de los veredictos de los jueces de conciencia el Juzgado 3º Superior de Medellín pronunció el fallo de primera instancia, el 14 de julio de 1960, el que consultado, fue con-

firmado en todas sus partes por el Tribunal Superior de la misma ciudad en la sentencia impugnada en casación.

DEMANDA:

El señor apoderado especial del recurrente Samuel Antonio Rodríguez Rojo, oportunamente presentó a nombre de éste, la demanda de casación, la que se ciñe a los requisitos técnicos de este recurso y en la que invoca como única causal de infirmación la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, para solicitar se declare nulo lo actuado en el proceso desde la audiencia pública, inclusive.

El actor, para fundamentar la causal invocada, o sea, la de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, expone lo siguiente:

"Que el juicio donde se pronunció la sentencia acusada es nulo desde, respecto (sic) de Samuel Antonio Rodríguez R., la audiencia de juzgamiento, por violación de las normas propias del mismo, según lo exigido sobre su cumplimiento por el artículo 26 de la Carta, se establece, en mi sentir, así:

I. "Conforme al artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, el cuestionario que el Juez somete en la audiencia pública, al Jurado, debe determinar el hecho o hechos materia de la causa, según las circunstancias que lo constituyen; por lo cual no puede echar de menos lo relacionado, en caso de homicidio, con el elemento psíquico, para su debida especificación (V. además, Art. 431, num. 3 C. P. P.).

II. "Así, en el cuestionario referente a Jaime de Jesús Rodríguez Zapata, se preguntó al Juri si era responsable de haber lesionado con arma corto-punzante (cuchillo) con el propósito de matar, al señor Octavio de Jesús Pérez Viana; pero, en el cuestionario presentado para Samuel Antonio, no se hizo esa pregunta sobre si fue con el propósito de matar, como se puede confirmar de la lectura de aquél, cuya redacción sólo alude a que sí es responsable de haber cooperado en forma no necesaria, a la ejecución de la muerte que con el propósito de matar ocasionó su hijo Jaime de J. Rodríguez Zapata al señor Octavio de Jesús Pérez Viana; en otros términos se dice que Jaime de Jesús ocasionó esa muerte con el propósito de matar, sin que se diga en el cuestionario si Samuel Antonio obró con igual propósito, como para mí, conforme a la ley debió interrogarse al Juri.

III. "Por abundar, transcribo el cuestionario, anotando entre paréntesis donde considero existe la deficiencia expresada y cómo, según la redacción, 'el propósito de matar', que allí se menciona alude es a Jaime de Jesús. Veámoslo:

"¿El acusado Samuel Antonio Rodríguez Rojo es responsable de haber cooperado, en forma no necesaria (no dice si con el propósito de matar), a la ejecución de muerte que con el propósito de matar ocasionó su hijo Jaime de Jesús Rodríguez Zapata (el propósito de matar, pues, se refiere a éste último) al señor Octavio de Jesús Pérez Viana; hecho ocurrido a eso de las once de la noche del 23 de noviembre de 1958 en la fonda o cantina de Jesús María Roldán Correa situada en el paraje denominado 'El Tambo' en el municipio de Angostura de este Departamento?" (fs. 183).

IV. "Según la ley penal, el elemento psíquico del propósito de matar, visto el auto de proceder, es esencial respecto del homicidio de que se trata, no sólo en cuanto a Jaime de Jesús sino, para mí, acerca de Samuel Antonio. (V. ese auto a fs. 136).

V. "En la cooperación necesaria, indudablemente, hay acuerdo de voluntades o finalidades; mas, en la no necesaria, puede o no existir ese acuerdo, cambiando la situación jurídica y consecuencialmente penal del procesado.

VI. "Por tal razón, considero que se debió preguntar al Jurado sobre si Samuel Antonio, obró o no, con el propósito de matar.

VII. "Al no haberse hecho la pregunta comentada, en el cuestionario, mi poderdante no ha sido juzgado 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', es decir, mediante el cumplimiento exacto de lo que se manda y ordena en la ley: 'porque la integridad del proceso depende de que en su juzgamiento no falte ninguno de los actos propios a la actuación', digo yo, de las cuestiones legales exigidas por ésta.

VIII. "Como el artículo 26 de la Carta exige el cumplimiento a plenitud de las formas de cada juicio, hay una nulidad supralegal en este proceso, en cuanto mira a Samuel Antonio, desde que se confeccionó insuficientemente el ameritado cuestionario; nulidad que es preciso declararla por quebrantar los intereses de la justicia, como los del procesado nombrado".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado y emitir su concepto de fondo solicita que no se case la sentencia impugnada, fundándose para ello en las claras razones que expone en la siguiente forma:

"Para la Procuraduría, ningún significado jurídico-procesal tiene el hecho de que al redactarse el cuestionario relacionado con el justiciable Samuel Antonio Rodríguez Rojo, no se le hubiera preguntado al Jurado de conciencia si el mismo procesado obró con el propósito de matar al cooperar en el delito de que fue autor Jaime Rodríguez Zapata.

"En otros términos: la omisión denunciada no conlleva como secuela la que se pretende deducir, esto es, que en el caso de Samuel Antonio Rodríguez no se cumplieron plenamente las formas propias del juicio criminal que a éste se le siguió.

"En efecto, habiendo actuado dicho individuo como cómplice no necesario de un homicidio que ejecutó Jaime Rodríguez Zapata al sentirse envalentonado con la presencia beligerante y la positiva actuación del mismo Samuel, obvio era prescindir de preguntarle al Juri si el cómplice había obrado con propósito de matar.

"Es evidente en el caso, la convergencia intencional; es idéntico el ánimo que movió la mano del hijo homicida y del padre cómplice; y esto se deduce de las circunstancias dentro de las cuales los hechos tuvieron cumplimiento definitivo, como que al iniciarse el segundo episodio de la tragedia ocurrida, fue Samuel quien abrió de un empellón la puerta de la cantina donde se encontraba Octavio de Jesús Pérez Viana, rodeado de los amigos que habían terciado y logrado zanjar favorablemente la primera disputa suscitada entre el mismo Octavio y el referido Jaime, y fue Samuel también el que a tiempo que Jaime atacaba armado de un cuchillo, esgrimió una peinilla o machete en trance de darle un mandoble a la víctima de autos, el cual efectivamente le propinó.

"Sobre la misma cuestión debatida y relacionada —como ya se ha visto— con la omisión denunciada, resulta oportuno traer a colación la opinión expresada por el penalista Luis Carlos Pérez, en torno a la naturaleza jurídica de la complicidad no necesaria.

"Dice así el mencionado tratadista, en su 'Derecho Penal Colombiano', vol. IV, pág. 369:

'*Cualquier otro modo* es la actuación que difiere de las descritas en el artículo 19. Se requiere que el auxilio prestado al delincuente no haya sido indispensable para la ejecución delictiva. *Cooperar* es prestar a otro una ayuda. Pero para esto es preciso la existencia de una obra ajena. Por eso se dice que el artículo 20 regula la responsabilidad por la participación no necesaria.

'El *hecho* al cual se coopera puede haber tenido realización completa (delito consumado) o quedarse en el grado de tentativa. También puede ser frustrado o resultar imposible; entonces el cómplice responde según la infracción de que se trate, relacionada con los grados de penalidad establecidos en los artículos 17, 18 y 20.

'Como en la figura del artículo 19, en ésta es necesario el dolo del delito, es decir, la intención de realizar el fin propuesto por todos y la voluntad de ejecutar los actos consiguientes. *Cooperar*, del latín cum (con) y operari (trabajar), implica una labor común que resulta inconcebible si no es querida por los empresarios. Por lo tanto, la cooperación culposa es imposible según nuestro Código, aunque teóricamente pueda sostenerse'.

"Todo lo anteriormente expresado pone de manifiesto que al ser considerado Samuel Antonio Rodríguez Rojo como cómplice no necesario, fue porque obró con el propósito de matar que animaba a Jaime Rodríguez Zapata, precisamente por haber secundado a éste en la realización del malvado designio. Así las cosas, resultaba ciertamente redundánte preguntarle al Tribunal popular sobre el propósito del cómplice, tanto más cuanto que en el cuestionario respectivo se presuponía la intención del autor del homicidio.

"En conclusión se tiene que el quebrantamiento de forma en que pretende apoyarse el actor, no se configura, por cuyo motivo la causal cuarta de casación carece de fundamento".

SE CONSIDERA:

La Sala habrá de acoger la solicitud de su colaborador Fiscal, puesto que la irregularidad que el recurrente anota en el cuestionario propuesto al Jurado, en relación con el procesado Samuel Antonio Rodríguez Rojo, no existe, y por lo tanto, dicha irregularidad de ninguna manera ha podido engendrar la supuesta nulidad por quebrantamiento de las formas propias del juicio, ya que el cuestionario en su redacción

es completo y se ajusta perfectamente a la situación contemplada en el auto de proceder para el acusado Rodríguez Rojo, a quien se le llamó a responder en juicio únicamente como cooperador no necesario del homicidio consumado por su hijo Jaime de Jesús Rodríguez Zapata, en el señor Octavio Pérez Viana.

En efecto, en el expresado cuestionario se incluyó, como se vio, el elemento "propósito de matar", y aunque por la redacción de ese cuestionario aparentemente dicho elemento parece proponerse con relación al autor principal, Jaime Rodríguez Zapata, obviamente se entiende que él cobija también al procesado Samuel Antonio Rodríguez Rojo, precisamente por su situación de simple cooperador no necesario del homicidio cometido por su hijo, ya que el cooperador no necesario, aunque desarrolla una actividad secundaria y accesoria en relación con el autor material e inmediato del delito, ambos obran con unidad de intención, lo que supone identidad de dolo jurídico y específico, pues el factor intencional es el que le da al cooperador el carácter de copartícipe de la infracción penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1º NO CASAR la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el dos de diciembre de mil novecientos sesenta;

2º DECLARAR DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el procesado Jaime de Jesús Rodríguez Zapata.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

HOMICIDIO (CALIFICADO DE ASESINATO)

Procesos adelantados con sujeción a las excepcionales normas del Decreto 0012 de 1959 —que con invocación de la causal segunda—, recurren en casación. Función de la Corte en el examen crítico y valorativo de los elementos de juicio apreciados por el sentenciador. Aspectos que el demandante tiene que demostrar cuando acude a la causal 2ª. Mérito de la confesión. Causal 1ª.

1. Ha dicho esta Corporación en varios de sus últimos fallos de casación, recaídos en juicios cuyo trámite se adelantó con sujeción a las excepcionales normas del decreto 0012 de 1959 que en procesos sometidos a éste, cuando se invoca la causal segunda de casación, en cierta forma, por no haber auto de proceder ni intervención del Jurado, la Corte asume aspectos de Tribunal de Instancia al verse obligada, en muchos casos al examen crítico y valorativo de los elementos de juicio apreciados por el sentenciador. Estas observaciones, que más han tenido por objeto poner de bulto los defectos y errores del decreto, no suponen que a la Sala le sea permitido, dentro de la técnica del recurso, entrar a sustituír los fallos de instancia, sin consideración alguna del prudente y necesario arbitrio que los jueces tienen en sus decisiones para estimar las pruebas, so pretexto de errada interpretación de los hechos. Porque para que la causal segunda de casación sea viable y prospere en negocios de la índole del que se debate, no basta oponer a un criterio de interpretación otro, con planteamientos de distintas hipótesis ajenas a la realidad procesal.

2. Cuando el demandante acude a la causal segunda tiene que demostrar, racional y jurídicamente que el fallo que se acusa descansa sobre presupuestos probatorios, que de manera torpe, indebida o errónea son apreciados en la sentencia, siendo ostensible o protuberante que los hechos constitutivos de la infracción, modificativos de ésta, o los que determinan o influyen en la responsabilidad no tuvieron la interpretación que les correspondía.

3. El mérito de la confesión, analizando con ponderación y sindéresis por las instancias frente a los artículos 255, 359, 360 y 363 del Código de Procedimiento Penal, no es fácil desvirtuarlo con afirmaciones gratuitas, sin la presencia de otras pruebas que la tornen sospechosa, simulada o que permitan estimarla como el resultado de la coacción, del engaño u otro medio cualquiera de los que la ley contempla para dejar sin valor la confesión del acusado.

4. Los fundamentos que el señor apoderado presenta para defender la causal 1ª, y que tienen su asiento en los traídos para la segunda, no encuentran demostración procesal. Para la calificación del homicidio como asesinato la confesión es plena prueba de las circunstancias que rodearon el hecho y nada hay que quepa oponer a las revelaciones del acusado acerca de la manera empleada para su comisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Como responsable del delito de homicidio —calificado de asesinato— fue condenado en este proceso Alfonso María Castiblanco Salazar, a la pena principal de diez y ocho (18) años de presidio y accesorias de rigor, según sentencias proferidas por el Juzgado 3º Superior de

Buga y Tribunal del mismo distrito, fechadas el 29 de septiembre de 1960 y 14 de enero del año en curso, respectivamente.

Contra la resolución del *ad quem* interpuso el acusado recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito procede la Corte a decidir de fondo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. En las horas de la noche del 17 de enero de 1960, en el sitio denominado "Los Alpes", jurisdicción del municipio de Riofrío (Departamento del Valle), el menor José Amador Velásquez recibió muerte violenta, ocasionada en circunstancias y condiciones que en un principio se ignoraron, pero que posteriormente esclareció la investigación hasta localizar la autoría del homicidio en el recurrente. A la víctima, de acuerdo con la diligencia de necropsia le fueron abiertas veintidós (22) heridas con arma corto-punzante, que produjeron su rápido deceso por la natural hemorragia.

2. La instrucción del sumario la acometió la Inspección Departamental de Policía de Salónica, y una vez perfeccionada, previos los trámites impuestos por el decreto legislativo 0012 de 1959, el Juzgado dictó el fallo condenatorio, al cual impartió, como ya se dijo, su aprobación el Tribunal.

3. La providencia de instancia valoró para afirmar la responsabilidad del encausado, principalmente, la confesión hecha por éste, no obstante su posterior retractación y de ella, también, dedujo las circunstancias específicas de agravación del homicidio.

Expresa el fallo del Juzgado:

"Cuando se pensó en el fracaso de la investigación, por aquello de la carencia absoluta de las pistas indispensables, el funcionario de instrucción al encontrar ciertas contradicciones en los dos testimonios rendidos por Alfonso María Castiblanco, lo indagó —Fls. 36 vto. y ss.— y fue a través de tal diligencia, por la confesión espontánea del sindicado, cuando brilló la verdad de lo ocurrido, pues allí se lee: 'al llegar a un árbol que lo llaman patudo, en el monte de los Correas, le dije yo (se refiere al occiso Velásquez) bueno hasta aquí llegó entonces él se fue a abrir a correr *entonces yo lo cogí ahí fue donde lo maté* y luego me fui para la casa de Alveiro Correa y me acosté a dormir...'. Ante varias preguntas del instructor expresó: '...la autoridad no me ha aporreado ni me ha amedrantado para declarar lo que ya he declarado... El arma o las armas que utilicé yo (se refiere a la muerte de Velásquez) fue un cuchillo y una peinilla de doce pulgadas, la cual la utilizo para picar caña... Yo lo maté al oscuro y le tiré primero con el cuchillo pero no sé cuántas puñaladas le pegaría con el cuchillo, lo que sí recuerdo fue que le pegué varias, luego le pegué un peinillazo con la peinilla, el cual no sé dónde se lo pegaría porque esto fue al oscuro...'; por último, dice, ya para finalizar la diligencia: 'ni me aconsejaron ni me pagaron, lo hice porque le tengo mucho odio a los ladrones...'

"Esta confesión está corroborada, aunque de mera referencia, con los testimonios de Alvero de Jesús Correa —injurada de folios 39 vto.—, Pedro Sarmiento Castiblanco —fls. 53—, María Aurora Giraldo de Correa —fls. 54 vto.— y la nueva ampliación de indagatoria del sindicado vista a folios 55 vuelto; los primeros manifiestan que el propio Alfonso M. Castiblanco les confesó ser el autor de la muerte del sujeto que fue encontrado inerme en el sitio denominado 'El Monte de los Correas', que al ser identificado por los vecinos resultó ser el menor José Amador Velásquez.

"No obstante las dos claras, espontáneas e indivisibles confesiones hechas por Castiblanco Salazar, a folios 91 por petición del mismo, se le hizo una nueva ampliación ya en la cual se retracta de todo lo atrás aseverado y textualmente expresa: 'Yo no sé por qué razón estoy preso; al día siguiente salí con un policía a tomar trago con un policía y después me echaron para acá para Buga y no sé por qué asunto...' Esta nueva versión presentada por Castiblanco Salazar, resulta infantil, acomodaticia y reñida en absoluto con la verdad de los acontecimientos y contradicha por otras pruebas del proceso. Por ello, no merece crédito y, por lo tanto, se descarta de plano.

"Establecido a cabalidad el hecho consistente en la muerte dada a Velásquez y las actividades desplegadas la noche de autos por Castiblanco Salazar, necesaria y lógicamente debe llegarse a la conclusión de que él y no otro fue el autor del homicidio, pues no otra cosa se deduce del detenido examen de cada una de las pruebas recibidas a través de este expediente.

"Lo maté —dice el incriminado— 'porque le tengo mucho odio a los ladrones'; pero probado está de autos que José Amador Velásquez en el momento de recibir muerte violenta no cometía ilícito alguno; por el contrario, atendiendo la invitación formal que le hiciera el sindicado Cas-

tiblanco Salazar de acompañarlo a la fonda 'Puerto Conejo', tranquila y desprevenidamente le hacía compañía y en el trayecto recorrido sin mediar circunstancias o motivo alguno fue atacado a mano armada por su ocasional amigo, con las consecuencias ya conocidas. Si bien es cierto —así se evidenció en los autos con prueba testimonial— el occiso en épocas precedentes le hurtaba al señor Alveiro Correa pocas cantidades de café que vendía a bajo precio en determinada fonda, esto no quiere decir que Castiblanco Salazar tuvo sobrada razón al matar a Velásquez por las siguientes razones: a) No fue cogido en in fraganti delito; b) Castiblanco Salazar no era la persona directamente perjudicada con el hurto en poca monta del café, sino el señor Alveiro Correa; y c) El procedimiento a seguir dado el caso de comprobarse el ilícito, no era el de asesinar a un ser humano, porque para eso están las autoridades encargadas de investigar y sancionar a los que infringen la ley penal. Siendo ello así, quedan en pie los motivos bajos e innobles con que procedió el incriminado al eliminar a Velásquez.

"Probado el cuerpo del delito y la autoría del mismo, sólo resta analizar las circunstancias en que se cometió. Cuestión jurídica de sencilla deducción es la intención que tuvo Castiblanco Salazar al causar la muerte a Velásquez, pues basta únicamente con observar o tener en cuenlas armas empleadas (un cuchillo y una peinilla de 12 pulgadas); las partes vitales del cuerpo vulneradas y el sinnúmero de heridas inferidas —22 en total— para llegar a la conclusión inequívoca de que el sindicado desde el momento mismo en que invitó a Velásquez para la fonda 'Puerto Conejo', tenía pensado ultimarlo. Debe también tenerse en cuenta, en el momento de tasar la pena, el estado de indefensión e inferioridad de la víctima, de la cual da cuenta el propio sindicado cuando dijo: 'No sé qué arma portaría él (se refiere a Velásquez) porque yo no le ví arma a él... él se fue a abrir a correr entonces yo lo cogí... él no me entabló resistencia...' y el 'ánimo frío' con que obró al repetir con 'especial complacencia sádica' los veintidós brutales golpes, circunstancias éstas que agravan el homicidio agotado por Castiblanco Salazar y lo elevan a la categoría de asesinato (ordinal 5º y 7º del art. 363 del C. P.).

"Ante estos clarísimos hechos se tiene que Castiblanco Salazar será condenado por el delito de 'homicidio' de que trata el artículo 362 del Código Penal modificado por las circunstancias enantes expuestas (Or. 5º y 7º del art. 363) a la pena principal de diez y ocho años de presidio, ya que no se puede partir de la sanción mínima de quince años por cuanto en su contra concurren dos circunstancias de asesinato y dos de mayor peligrosidad como lo son las previstas en los ordinales 3º y 6º del artículo 37 ibídem, más las accesorias de ley".

4. El Tribunal, acorde en un todo con el inferior, relieva en estos términos el mérito de la prueba de confesión:

"La anterior confesión instituye a no dudarlo una prueba decisiva de cargo para Alfonso María Castiblanco, pues la claridad y seguridad en el detalle, la manera circunstanciada y precisa con que expone, dan la sensación inequívoca de que está diciendo la verdad; es inverosímil que el procesado fuera a inventar una historia de esa naturaleza, sólo por el prurito de hacer saber que odiaba tánto a los ladrones, que era capaz de matar al que se le ponía de frente. El infortunado muchacho, es un hecho comprobado en los autos, hurtaba escasas cantidades de café a don Alveiro Correa, y esta contingencia le valió la honda animadversión de Castiblanco, animadversión que le cobró con la vida, sin que en realidad hubiese sido él el directamente perjudicado con la sustracción del grano. La retractación posterior de aquel no tiene validez alguna, pues la primera confesión se impone por las cualidades de verosimilitud y credibilidad de que está rodeada; seguramente Castiblanco se dio cuenta, tardíamente, de que, si bien había tenido entereza de confesar su atroz delito, la forma en que lo hizo y los móviles que impulsaron la mano homicida no tenían excusa legal alguna, comoquiera que, como lo anota el Juez a quo, él no era, en primer lugar, la persona perjudicada con el hurto, en segundo lugar, no fue sorprendido in fraganti delito, y, en tercer lugar, disponía de los medios legales para obtener la sanción del extinto por el ilícito que venía cometiendo. Es así como Alfonso María Castiblanco es responsable penalmente del delito de homicidio agravado (ordinales 5º y 7º del artículo 363 del C. P.) con la concurrencia de las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º y 6º del artículo 37 ibídem, y por mandato del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal se debe dictar en su contra sentencia condenatoria, como lo ha hecho el Juez de primer grado".

DEMANDA DE CASACION

La formuló el doctor Carlos E. Camacho E., en ejercicio del poder conferido por el recurrente, con fundamento en las causales *segunda* y *primera,* en su orden, del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La invocación de la causal *segunda* (error de hecho) le da lugar al demandante a descomponer en cuatro los cargos contra la sentencia, para cuyo examen solicita de la Corte "que se transforme en Tribunal de Instancia"... "teniendo en cuenta que la tramitación del presente negocio sigue las prescripciones establecidas en el Decreto 0012 de 1959".

Los cargos son:

a) "Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior que condenó a Alfonso María Castiblanco Salazar en razón de que la responsabilidad se dedujo de una confesión claramente sospechosa".

Según el señor apoderado, esa "confesión es claramente sospechosa, en razón de que los móviles del delito no aparecen bien definidos en las constancias procesales. Por el hecho que Amador Velásquez se hubiera robado un poco de café para venderlo subrepticiamente, no es motivo para suprimir una vida humana. Luego no estando justificado el móvil que lo indujo al delito, tenemos que averiguar a quiénes beneficiaba la muerte de José Amador Velásquez".

b) El segundo cargo, involucrado dentro del primero, parte del supuesto de la falta de credibilidad de la confesión y trata de demostrar que, por errada interpretación del fallador, hubo una estimación impropia de la prueba de cargo, desconociéndose así el principal legal *in dubio pro reo* estatuído en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal. Dice la demanda en desarrollo de este motivo de impugnación "que el proceso no suministra sino un único testimonio de responsabilidad no unido a otras pruebas de distinto origen que lo corroboren y lo refuercen para producir la certeza legal y destruír de esta suerte la presunción de inocencia que protege al reo mientras aquellas dudas no sean susceptibles de eliminación, como ocurre en el caso de autos".

Concluye, entonces, "que por haber sido alegada la causal segunda, con base en esa circunstancia demostrada en el proceso, no cabe distinta alternativa que aplicar el principio en toda su extensión". Lo anteriormente transcrito es tomado por el demandante de la sentencia de casación dictada por la Corte en la causa contra Felipe Hurtado I. el 15 de mayo de 1951.

c) Constituye cargo contra la sentencia, "el hecho plenamente demostrado en el expediente de que siendo Alveiro Correa la persona única y directa perjudicada por la sustracción del café que en forma continuada le estaba realizando José Amador Velásquez y quien posiblemente podría tener interés en su eliminación para que cesara de manera definitiva el perjuicio que estaba recibiendo como consecuencia de la acción ilícita cometida en su contra por el hoy occiso Amador Velásquez, este hecho no fue tenido en cuenta por el Tribunal en la sentencia recurrida, a pesar de estar plenamente acreditado dentro del proceso".

d) "En la sentencia impugnada no se tuvo en cuenta para nada lo dispuesto por el artículo 159 del Código Procesal Penal que enseña la manera como los juzgadores de instancia deberán redactar las sentencias".

Este antitécnico enunciado es para plantear, a través de la causal segunda, el error del fallador al deducir circunstancias constitutivas de asesinato, cuyo análisis no hizo jurídicamente la sentencia.

La causal *primera* de casación, es aducida en la demanda porque violó el Tribunal "la ley penal sustantiva, especialmente en sus artículos 36, 37, 38, 39 y 363 del Código Penal". La sustenta de este modo:

a) "La facultad discrecional que al juzgador otorga el artículo 36 del Código Penal, necesariamente tiene un límite, y éste es el que le prescribe el artículo 39 de la obra citada, por cuanto el Juez, bien sea éste el a quo o el ad quem, solamente puede aplicarse 'el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad' ".

"La impugnación al fallo recurrido la hago consistir en que habiendo merecido por parte del Tribunal el hecho imputado la calificación de asesinato, las constancias consignadas en los ordinales 5º y 7º del artículo 363 del Código Penal, son elementos constitutivos del delito de asesinato puesto que por tales razones tiene una penalidad mayor que el homicidio voluntario señalado en el artículo 362 del Código Penal. Tales circunstancias erróneamente analizadas y apreciadas por el honorable Tribunal Superior como circunstancias agravantes, cuando el valor

que realmente tienen, conforme a la ley penal sustantiva son las de elementos constitutivos del delito que se juzga. Por tal motivo, el Tribunal interpretó erróneamente el citado artículo 363 en sus ordinales 5º y 7º y los aplicó indebidamente en el caso especial de mi defendido.

b) "El honorable Tribunal infringió el artículo 39 del Código Penal, al imponer la pena de 18 años de presidio a mi defendido, por cuanto desconoció las circunstancias de menor peligrosidad demostradas dentro del proceso y que son la buena conducta anterior de mi defendido; la embriaguez voluntaria bajo cuyo influjo obró; presentarse ante las autoridades después de cometido su delito y confesarlo; la falta de ilustración y el medio precario en que transcurría su vida, y las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por circunstancias orgánicas transitorias.

"Tenemos, pues, que a favor de mi defendido lo favorecen las circunstancias previstas en el artículo 38 del Código Penal, como son las de los ordinales 1º, 5º, 9º, 11 y 12, que no fueron estimadas a su favor en la sentencia, pues ni siquiera se hizo mención de ellas en el citado fallo.

c) "Como mi defendido afirmó en la pieza procesal de su indagatoria que el hecho de haber dado muerte a Velásquez lo determinó el odio que siente por los ladrones, tenemos que el móvil excusable para el procesado, quien dentro de la estrechez de su conocimiento tuvo la convicción de que obraba conforme a derecho. Tal motivo constituye una circunstancia de menor peligrosidad, al tenor de la dispuesto en el artículo 40 del Código Penal, norma que también fue quebrantada por el Tribunal en el caso de autos.

d) "No estando debidamente acreditadas dentro del proceso las circunstancias de agravación, que elevan el homicidio cometido por Castiblanco Salazar a la categoría de asesinato, por cuanto para ello hubiera sido necesario acreditar debidamente las circunstancias previstas en los ordinales 5º y 7º del citado artículo 363 del Código Penal, puesto que para ello hubiera sido necesario comparar —la sevicia—, —la alevosía—, —la asechanza—, las condiciones de inferioridad en que colocó a Velásquez, la figura de asesinato desaparece, para dejar en pie la del homicidio simplemente voluntario previsto en el artículo 362 del código citado, que fue la norma violada por el honorable Tribunal por no haberla aplicado en el caso pertinente, siendo la que más se acomodaba a la realidad procesal. Tal omisión implica quebrantamiento de la ley penal sustantiva en su artículo 362 y por tener relación con la norma violada, se quebrantó el artículo 3º del Código Penal, que consagra el derecho que tiene el procesado a que se le aplique la norma más favorable a su situación jurídica".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que no puede prosperar en el caso de autos el recurso interpuesto, y, en orden a demostrarlo, hace en su vista fiscal un detenido estudio, tanto de la actuación procesal como de los motivos de impugnación consignados en la demanda.

Son sus principales argumentos:

"Basándose en una personal apreciación del problema, y contraponiendo su concepto al que es propio de los falladores de instancia, es como el recurrente ataca la sentencia del *ad quem*. Si así obra, es con el preconcebido fin de crear en el ánimo de la honorable Corte una duda, o, al menos, un principio de ella que incline, a favor de su patrocinado, la balanza de la justicia.

"Es por ello por lo que al concretar un primer cargo contra el fallo demandado, quiere hacer notar la ausencia de móvil en la acción imputada a Castiblanco, porque, en su entender, éste no obtenía beneficio alguno con la muerte de Amador Velásquez. Y sobre la misma cuestión, afirma que el único beneficiario fue Alveiro Correa; que, por lo tanto, 'fácilmente se colige que Alveiro Correa no está exento de responsabilidad'. A renglón seguido, formula esta pregunta: '¿Quién nos puede negar que éste (Correa) al saberse comprometido en forma grave, haya apelado al medio de que Alfonso María Castiblanco, se responsabilizara personal y directamente de la muerte de Amador Velásquez para él quedar al margen de la justicia?'

"Sin embargo, todo esto no es más que simple conjetura hecha por el actor, como que no existe la menor prueba o menor indicio de que las cosas hubieran sucedido como se las supone el doctor Camacho E., y ni siquiera el procesado, en su diligencia de retractación de su confesión (fl. 91, cuad. 1º) afirmó o sugirió tal hecho, sino que se limitó a manifestar que cuando el 13 de febrero de 1960, rindió su primera indagatoria, estaba perdidamente borracho, con lo cual olvidó que el día 16 de febrero subsiguiente había

ampliado por primera vez su indagatoria, confirmándola en todas sus partes al reconocer las armas, al explicar qué hizo con los objetos de propiedad de su víctima, pretendiendo, además, probar una causal eximente de responsabilidad, puesto que afirmó lo siguiente:

"'Tengo para agregar a la presente diligencia, de que yo maté al señor José Amador Velásquez, por miedo porque él me dijo a mí esa noche de los hechos de que él tenía compañeros y yo por miedo de que él me los echara para que me asesinaran a mí, yo lo maté y además que era un tipo ladrón'".

"En orden a la misma acusación, el señor demandante observa que 'el procesado no suministra sino un único testimonio de responsabilidad, no unido a otras pruebas de distinto origen que lo corroboren y lo refuercen para producir la certeza legal y destruír de esta suerte la presunción de inocencia que protege al reo mientras aquellas dudas no sean susceptibles de eliminación'. (Fl. 24).

"Pero así se olvida de que en el proceso obran las declaraciones de Alveiro de Jesús Correa Castiblanco, (fl. 40, vto.), Pedro Sarmiento Castiblanco (fl. 53, id.) y María Aurora Giraldo de Correa (fl. 54 vto., id.), las cuales indiscutiblemente le dan suficiente respaldo probatorio a la confesión.

"La segunda objeción hecha al fallo con fundamento en la causal segunda, no es más que un resumen o condensación de la primera objeción, puesto que consiste en insistir en una mera conjetura como es la de que Alveiro Correa era la única persona interesada en la eliminación de Velásquez y que, por ende, debe creerse que él y solo él fue autor del crimen.

"Por tanto, es el caso de afirmar que queda también desvirtuada".

"No es procedente hacer cábalas o suposiciones en torno a cuál pudo ser la primera herida inferida a la víctima y si ella fue necesariamente mortal, porque media una circunstancia de hecho, que nadie discute por la autoridad científica que encierra, y es que la muerte no fue obra de una o de otra lesión ocasionada, sino resultado de la hemorragia sobreviniente a las cuchilladas y 'peinillazos' que el acusado dice que le dio a Velásquez. Esa hemorragia, como tal, dio lugar a un proceso de debilitamiento de las energías vitales de la víctima, que no pudo cumplirse de manera instantánea o, mejor dicho, que no se realizó en toda su extensión en el momento mismo de recibir Velásquez la primera cuchillada o el primer 'peinillazo'. Por consiguiente, lo que sí puede conjeturarse con toda razón, es que la víctima no murió inmediatamente después del primer golpe que, con armas punzante y cortante y de peso, hubiera recibido. Sobrevivió a ese primer golpe y a muchos otros, mientras la hemorragia producía por fin su mortal efecto. Ello quiere decir que no hay duda de que de parte del acusado hubo sevicia porque fue cruel excesivamente con un ser vivo.

"En cuanto atañe a la otra circunstancia agravante del homicidio, dentro de la cual considera el sentenciador que el acusado le dio muerte a la víctima, infringiendo así el ordinal 5º del artículo 363, observa este Despacho que el Tribunal de instancia, al confirmar en todas sus partes el fallo de primer grado, se remitió a lo dicho en éste al respecto. Por lo demás, la insidia o asechanza imputada, es cosa que emerge de la pérfida invitación que Castiblanco le hizo a Velásquez para que fuera con él a la fonda de 'Puerto Conejo', pues se aprovechó de que Velásquez aceptara para luego asesinarle.

"En efecto, Castiblanco y Velásquez empezaron a hacer camino, siendo ya las nueve y media de la noche. Fue entonces cuando el acusado le preguntó a Velásquez que por qué 'le estaba robando el café a Alveiro Correa', (fl. 37) lo cual el inquirido negó, ocurriendo a continuación, esto es, cuando iban 'carretera arriba con dirección a la fonda Puerto Conejo', que víctima y victimario se sentaron en la carretera. Volvió entonces Castiblanco a tratar del robo de que había sido objeto Correa, y sin más ni más le fue diciendo a Velásquez, quien estaba absolutamente desarmado o indefenso, que lo iba a matar, por lo del robo (fl. 37 v. cuad. 1º).

"Y efectivamente lo mató por tamaño motivo tan fútil y demostrando la mayor insensibilidad moral, pues sabiendo que su víctima, un menor, no podía ofrecer resistencia ante los tajos del machete y los golpes del cuchillo que Castiblanco portaba, impunemente pudo notificarle a Velásquez la sentencia de muerte de éste, dictada por él, luego de lo cual entró a hacer efectiva su determinación en la soledad del paraje y con el favor de la noche.

"Y al dar una prueba más de su insensibilidad moral y de su condición de criminal instintivo, dice el mismo acusado, que cumplida su obra se fue para la casa de Alveiro Correa y se acostó a dormir.

"Recordadas estas circunstancias que pone de presente el propio homicida, y no estando desvirtuada la confesión de éste, es vano negar la existencia de la sevicia y la asechanza o insidia.

"Lo anteriormente expuesto demuestra que los cargos formulados por el actor a la sentencia, con base en la causal segunda de casación, carecen de respaldo procesal.

"Ya se sabe que las circunstancias agravantes del homicidio imputado, corresponden a la sevicia y a la insidia o asechanza, y con respecto a ellas, cree la Procuraduría que no es preciso observar algo más de lo ya expuesto al responder los argumentos del demandante cuando invoca la causal segunda. Por lo mismo, el Despacho se remite a esa respuesta suya.

"Ahora bien: con relación a las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en el fallo y que consisten en la futilidad del motivo para matar y en el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del homicidio que dificultaron la defensa de Velásquez y demuestran, a la vez, una mayor insensibilidad del delincuente, algo ya se dijo en la misma anterior respuesta del Ministerio Fiscal. Pero si lo argüído entonces, fuese insuficiente, será preciso afirmar aquí que la indefensión del menor, que fue víctima de la criminalidad instintiva de Castiblanco, es cosa patente, no solo por virtud de la edad en sí, sino también porque se hallaba desarmado y se le atacaba al amparo de la oscuridad de la noche, con armas innobles y más que eficaces para consumar sin riesgo para el matador, el malvado designio abrigado por éste de modo absolutamente gratuito. Se obró, pues, conforme a la equidad al deducir tales circunstancias en contra del acusado, cuya insensibilidad moral salta a la vista, como ya fue observado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª Ha dicho esta Corporación en varios de sus últimos fallos de casación, recaídos en juicios cuyo trámite se adelantó con sujeción a las excepcionales normas del decreto 0012 de 1959 que en procesos sometidos a éste, cuando se invoca la causal *segunda* de casación, en cierta forma, por no haber auto de proceder ni intervención del Jurado, la Corte asume aspectos de Tribunal de instancia al verse obligada, en muchos casos al examen crítico y valorativo de los elementos de juicio apreciados por el sentenciador. Estas observaciones, que más han tenido por objeto poner de bulto los defectos y errores del decreto, no suponen que a la Sala le sea permitido, dentro de la técnica del recurso, entrar a sustituír los fallos de instancia, sin consideración alguna del prudente y necesario arbitrio que los jueces tienen en sus decisiones para estimar las pruebas, so pretexto de errada interpretación de los hechos. Porque para que la causal segunda de casación sea viable y prospere en negocios de la índole del que se debate, no basta oponer a un criterio de interpretación otro, con planteamientos de distintas hipótesis ajenas a la realidad procesal.

2ª Indica lo anterior que el demandante cuando acude a dicha causal tiene que demostrar, racional y jurídicamente que el fallo que se acusa descansa sobre presupuestos probatorios, que de manera torpe, indebida o errónea son apreciados en la sentencia, siendo ostensible o protuberante que los hechos constitutivos de la infracción, modificativos de ésta, o los que determinan o influyen en la responsabilidad no tuvieron la interpretación que les correspondía.

3ª En el caso *sub júdice,* para sustentar el error elabora la teoría de que un tercero, distinto del procesado, contra cuya propiedad había atentado varias veces el occiso, podía tener interés en el homicidio, hipótesis muy sugestiva, que no encuentra apoyo o asidero en los autos. De esta suerte, la hipótesis que enfrenta a la prueba de cargo, especialmente a la confesión, carece de comprobación por el demandante, y su simple creación mental no es apta para afectar el grado de certeza que el juicio ofrece, ni para destruír los fundamentos de la sentencia impugnada.

4ª El mérito de la confesión, analizado con ponderación y sindéresis por las instancias frente a los artículos 255, 359, 360 y 363 del Código de Procedimiento Penal, no es fácil desvirtuarlo con afirmaciones gratuitas, sin la presencia de otras pruebas que la tornen sospechosa, simulada o que permitan estimarla como el resultado de la coacción, del engaño u otro medio cualquiera de los que la ley contempla para dejar sin valor la confesión del acusado.

Nótese, además, que el reconocimiento de la autoría del delito, con todas sus circunstancias, lo hizo el procesado luego de haber depuesto en el sumario, como testigo, por dos ocasiones y cuando, en vista de sus contradicciones, el instructor optó por llamarlo a rendir indagatoria. Y en diligencia de esta clase, también por dos

veces, confesó el delito, sin que la retractación hecha posteriormente denote sinceridad alguna.

5ª Los fundamentos que el señor apoderado presenta para defender la causal 1ª, y que tienen su asiento en los traídos para la segunda, no encuentran demostración procesal. Para la calificación del homicidio como asesinato la confesión es plena prueba de las circunstancias que rodearon el hecho y nada hay que quepa oponer a las revelaciones del acusado acerca de la manera empleada para su comisión.

6ª Por último, el fallo recurrido no sobrepasó el arbitrio judicial en cuanto a la individualización de la pena. Apenas tuvo en cuenta la pluralidad de circunstancias constitutivas del homicidio agravado y la concurrencia de otras indicativas de mayor peligrosidad.

La Sala comparte en este aspecto las juiciosas y atinadas razones del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, las que acoge para su decisión.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Juzgado del conocimiento, por conducto del Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO. LA TRAMITACION DEL JUICIO NO ESTA SUBORDINADA A LA CONSULTA DE LOS SOBRESEIMIENTOS. INTERROGATORIOS AL PROCESADO.

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, la consulta de los sobreseimientos definitivos que se hayan decretado en el mismo auto de llamamiento a juicio, se surte por medio de copias, "sin suspender el juicio", lo que quiere decir que la tramitación de éste en modo alguno está subordinada a la consulta de los sobreseimientos.

2. Referente a los interrogatorios al procesado cabe recordar la siguiente doctrina expuesta en otra oportunidad por la Corte: "Respecto de los interrogatorios que deben hacer los jueces de instancia al procesado, a lo menos por dos veces, sobre el hecho, sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en suma, sobre todos los puntos que pueda revelar la personalidad del infractor" (arts. 452 y 548 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 24 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó al señor Julio Martín Uribe Correa, como responsable del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato, consumado en el señor Aníbal Cano Agudelo, a la pena de quince años de presidio y accesorias del caso.

HECHOS:

En el atardecer del 15 de marzo de 1959 el señor Pedro Gutiérrez Herrera viajaba para su casa en compañía del señor Julio Martín Uribe Correa y al dar al punto de Minarrica o Caramanta en el Municipio de El Jardín —Antioquia— como viera que al lado del camino, en parte alta, se encontraba el señor Aníbal Cano Agudelo, lo llamó y así éste bajó para entregarse a conversar con aquél, instante en el cual Uribe Correa, que iba un poco adelante, sorpresivamente apareció y por la espalda descargó dos violentos machetazos sobre el señor Cano Agudelo, de los que, dada la gravedad de las heridas que le produjeron, falleció en la madrugada del día siguiente.

CALIFICACION DE LOS HECHOS:

En auto del 7 de septiembre de 1959, el Juzgado 4º Superior de Medellín llamó a juicio al señor Julio Martín Uribe Correa por razón del homicidio en la persona del señor Aníbal Cano Agudelo, especificando, en la parte motiva, que el delito revestía el carácter de asesinato, en virtud de que la víctima había sido tomada "a la traición, desarmada e indefensa", determinación que se ejecutorió en la misma instancia, por cuya causa, llegada la oportunidad legal, al Jurado se le propuso un cuestionario de conformidad, el cual fue contestado, por mayoría, con un simple "SI", veredicto que, acogido sin ninguna reserva, fue la base de la sentencia del 12 de enero del año pasado, dictada por el Juzgado del conocimiento, en donde se condena al procesado Uribe Correa a la pena de quince años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de Medellín confirmó en el suyo del predicho 24 de agosto.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada en tiempo, por conducto de apoderado y conforme a las exigencias legales, el recurrente invoca las causales 4ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Con apoyo en la citada causal 4ª se formulan al fallo acusado cinco cargos, así:

a) La sentencia es violatoria de la ley procedimental en fuerza de no haberse consultado el sobreseimiento definitivo que en la calificación del sumario se hizo a favor de los señores Víctor Uribe Castañeda y Carlos Uribe Correa;

b) La misma sentencia es violatoria del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, porque las pruebas que se tuvieron en cuenta para proferirla no fueron "legalmente producidas" y así la diligencia de reconstrucción de los sucesos no la firmó el perito señor Juan B. Serna, de quien tampoco aparece cédula por cuya causa esa diligencia es nula, y a pesar de ello se tuvo en cuenta para el fallo;

c) La sentencia en cuestión es violatoria del artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, porque los careos en que intervinieron las testigos señoras Carmen Emilia Botero de Isaza y Teresa Isaza Botero no se practicaron con arreglo a esa disposición, "con lo cual se incurrió en el quebrantamiento del citado artículo 377 del estatuto procesal penal y la violación indirecta de los artículos 429 y 203 del mismo estatuto procesal";

d) En las dos instancias del proceso se violaron los artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal, al no haberse interrogado al procesado como se ordena en esas disposiciones, omisión que menoscabó sus derechos y "violó el sistema procesal imperante en los juicios penales"; y,

e) En ambas instancias se violaron los artículos 429 y 203 del Código de Procedimiento Penal, "al darle valor legal a unos testimonios sospechosos, como son los testimonios de Carmen Emilia Botero y Teresa Isaza de Botero".

Dice el recurrente que con las violaciones legales que indica en los cargos cuyo resumen se acaba de hacer se quebrantó el "sistema procesal vigente, que inciden (sic) en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio penal a que tenía derecho en su juzgamiento Julio Martín Uribe Correa".

Con apoyo en la expresada causal 1ª, se formulan al fallo impugnado dos cargos, así:

a) Que por errónea interpretación, se aplicó el artículo 363 del Código Penal, condenando a Uribe Correa a la pena de quince años de presidio, cuando la norma que le cabía era la del artículo 362 de la misma obra y que, además, se desconocieron "las circunstancias de menor peligrosidad consagradas a favor del procesado en el artículo 38 del Código Penal y a las cuales tenía pleno derecho"; y,

b) Que la sentencia impugnada viola en forma "directa el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, en razón de que el procesado tenía pleno derecho a que los juzgadores de instancia le dieran una interpretación más humana a la ley penal sustantiva y no se le impusiera una pena desproporcionada al hecho criminoso que se le imputa. Su caso debería haberse fallado por 'interpretación benigna', tal como lo prescriben los artículos 5º del Código Penal, artículo 44 de la citada Ley 153 de 1887 y el 204 del Código de Procedimiento Penal, normas que fueron desconocidas por el Tribunal Superior, y cuya correcta aplicación demando de la honorable Corte al desatar este recurso extraordinario de casación, pues la sentencia debe casarse por este error de derecho o violación de la ley sustantiva".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en el concepto de respuesta al traslado de la demanda, examina cada uno de los cargos que se formulan al fallo acusado, en orden a las dos causales invocadas, y luego de que demuestra que carecen de fundamento, solicita se deseche el recurso.

SE CONSIDERA:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, la consulta de los sobreseimientos definitivos que se hayan decretado en el mismo auto de llamamiento a juicio, se surten por medio de copias, "sin suspender el juicio", lo que quiere decir que la tramitación de éste en modo alguno está subordinada a la consulta de los sobreseimientos. Carece, pues, de fundamento el primer cargo que hace al fallo acusado con invocación de la causal 4ª de casación.

Los cargos b), encaminado a demostrar que la diligencia de reconstrucción de los hechos carece de valor y que, por lo tanto no ha debido tomarse en cuenta, c), encaminado a demostrar que los careos en que intervinieron las señoras Carmen Emilia Botero de Isaza y Teresa Isaza Botero se practicaron en desacuerdo con el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, y que en esa suerte no tiene valor, lo que indica que no han debido tenerse en cuenta, y el cargo e) enderezado a demostrar que los testimonios de las citadas Carmen Emilia Botero y Teresa Isaza Botero son sospechosos y que, por lo mismo, han debido desecharse, no procede invocarlos con apoyo en la causal 4ª de casación, sino de la 2ª, la cual, en los juicios con Jurado, como es el caso de autos, tampoco es dable aducirla, según lo ha enseñado reiteradamente la jurisprudencia.

Respecto al cargo d) cabe recordar la misma doctrina que invoca el recurrente, aunque trunca, la cual es del tenor siguiente:

Respecto de los interrogatorios que deben hacer los jueces de instancia al procesado, a lo menos por dos veces, sobre el hecho, sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en suma, sobre todos los puntos que pueda revelar la personalidad del infractor (artículos 452 y 548 del C. de P. P.), su omisión, es una irregularidad grave, por lo general, supuesto que el Código Penal vigente tiene en cuenta la personalidad del delincuente más que la objetividad o materialidad de los delitos. *Pero ello no quiere decir que el proceso sea nulo* porque esos interrogatorios son apenas un medio de información sobre la personalidad, pero no el único de que dispone el juez para obtenerla". (El subrayado es de la Sala).

Con relación a los dos cargos que se formulan al fallo acusado, invocando la causal 1ª, apenas cabe observar que, acogido el veredicto del Jurado, donde se responsabiliza a Uribe Correa por homicidio en la modalidad de asesinato, lo único que podían hacer los juzgadores en derecho era aplicar el artículo 363 del Código Penal, de donde resulta que no se violó esa norma, ni tampoco el artículo 38 de la misma obra, puesto que la pena que se aplicó a Uribe Correa fue la mínima.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de agosto del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en segunda instancia, con respecto al procesado Julio Martín Uribe Correa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

Apreciación e interpretación de los hechos acreditados en el proceso. Invocación de las causales 2ª y 1ª de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que fue interpuesto contra la sentencia del 21 de julio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó al señor Graciliano Ruiz Vásquez, como responsable del delito de homicidio en la persona del señor Jorge Arteaga Benavides, a la pena de ocho años de presidio y le aplicó las penas accesorias del caso.

HECHOS:

En torno a las diez de la noche del 10 de mayo de 1959 se encontraba el señor Jorge Arteaga, en estado de beodez y sin camisa, dentro del establecimiento llamado "Café Bola-Bola", situado en la carrera 10 entre calles 13 y 14 de la ciudad de Cali, cuando en esas se presentó al mismo lugar el señor Graciliano Ruiz, sujeto con el que había tenido una pelea algún tiempo atrás y quien al verlo se acercó a la mesa que ocupaba, por cuya causa Arteaga se puso de pie, momento en el cual Ruiz, luego de un rápido cruce de palabras, le asestó una cuchillada y emprendió carrera, pero como se diera cuenta de que aquél se le fue detrás, con los brazos abiertos, como en ademán de cogerlo, se devolvió y le proporcionó otras varias cuchilladas, una de ellas cuando ya estaba caído en el suelo. En esta forma Arteaga perdió la vida por acción de Ruiz Vásquez.

FALLOS DE 1ª Y 2ª INSTANCIA:

Al proceso, generado en los hechos expuestos, se le dio la tramitación consagrada en el artículo 3º del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 y, en consecuencia, previa clausura del sumario y traslado a las partes, con fecha 11 de enero del año pasado, el Juzgado 2º Superior de Cali dictó la sentencia de primer grado y en ella condenó al señor Graciliano Ruiz, como responsable del homicidio en el señor Jorge Arteaga, en la modalidad de asesinato, a la pena principal de diez y seis años de presidio y accesorias consiguientes. El Tribunal de Cali, en fallo del 21 de junio especificado, en la consideración de que no aparecía comprobada ninguna de las circunstancias que, conforme al artículo 363 del Código Penal, hacen que el homicidio tome la denominación de asesinato, redujo la pena principal a ocho años de presidio, condenando así a Ruiz Vásquez por homicidio simplemente voluntario.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, subordinada a los requisitos de forma que la ley exige, el recurrente invoca, en su orden, las causales de casación previstas en los ordinales 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La causal 2ª se sustenta, previo el enunciado de que tanto en el fallo de primera como de segunda instancia se incurrió en errada interpretación de los hechos, mediante un análisis detallado de todas las pruebas recogidas, enca-

minado a demostrar, en primer término, que la sentencia de primer grado, al condenar por asesinato, no tuvo en cuenta la realidad procesal, tarea en la que se embarga la mayor parte del escrito de demanda y de la cual se pasa a plantear que Ruiz Vásquez consumó la muerte del señor Jorge Arteaga en legítima defensa subjetiva, de acuerdo con las siguientes razones que, en lo esencial, son las que sirven de base a semejante tesis:

"Jorge Arteaga y Graciliano Ruiz eran enemigos; el primero ya le había causado al segundo lesiones sin motivo anteriormente, y le había amenazado hasta causarle la muerte; Ruiz le tenía miedo al primero, tanto por las heridas que le había causado, como por las amenazas recibidas, hasta el punto de que llegó a aceptar públicamente que no era capaz de pelear con él; estaba plenamente convencido de que Arteaga sería capaz de cumplir sus amenazas de darle muerte, porque no sólo reconocía en él sus condiciones personales de varonía y superioridad física, sino que admitía el hecho lógico o no, de que tenía dinero para atender su defensa, en forma suficiente. El señor Ramón López cuenta esa enemistad.

"Desde luego no podía imaginarse que lo provocara líricamente, pues ya tenía experiencia de la peligrosidad de Arteaga, y como accidentalmente se encontraba armado, en momentos en que se abalanzaba sobre él, sacó el arma y con ella lo atacó ardientemente, antes de Arteaga lograr los propósitos ya expresados y muy temidos por Ruiz. El resultado de esto fue la muerte de Arteaga.

"La calidad de la agresión y sus posibles consecuencias, necesariamente tiene que medirlas el agente en el acto mismo del ataque. Graciliano Ruiz midió en el momento mismo en que se enfrentaba a Jorge Arteaga, que la agresión de éste significaba un peligro inminente de suma gravedad, y eso lo hizo reaccionar con ardentía y suma rapidez infiriéndole las lesiones que le produjeron la muerte. Porque Ruiz se encontraba realmente ante un peligro inminente, en el que todo le hacía pensar que podía perder la vida".

En su esfuerzo por demostrar la procedencia de la causal 2ª, agrega el recurrente, aunque sin aportar prácticamente razón alguna, "que el honorable Tribunal Superior de Cali apreció e interpretó hechos en forma equivocada y desconoció actuar en riña imprevista en la noche de autos por parte de mi defendido, olvidándose con ello el artículo 384 del Ordenamiento Jurídico Penal".

Con invocación de la causal 1ª el demandante sostiene que los fallos de primera y segunda instancia, proferidos en el proceso, "son violatorios flagrantemente de la Ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma ley penal", ya que en vez de haberse encajado la conducta de Ruiz Vásquez en los artículos 24 y 25 del Código Penal, reconociendo la legítima defensa subjetiva que ejerció, o en su defecto en el artículo 384 de la misma obra, "el honorable Tribunal Superior de Cali hace aparecer dicho obrar de mi defendido como encasillado en el artículo 362 del mismo texto legal y el señor Juez 2º Superior en el artículo 363 del mencionado Código Penal.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, con la competencia, juicio y propiedad que le son características en su respuesta al traslado de la demanda, hace un amplio estudio de ella en orden a los cargos que se formulan al fallo acusado sobre la base de las dos causales invocadas y de esté modo concluye en que ninguna prospera, por cuya razón pide se deseche el recurso.

SE CONSIDERA:

Como apenas es racional y comprensible, no es del caso el examen de la prolija argumentación del recurrente, encaminada a demostrar que en el fallo de primera instancia no ha debido condenarse al procesado Ruiz Vásquez por homicidio en la modalidad de asesinato, de una parte, porque en el de segunda, desechando cualquier circunstancia a ese respecto, se condenó por homicidio simplemente voluntario y, de la otra, conforme a lo dispuesto en los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, sólo las sentencias pronunciadas por los Tribunales en segunda instancia permiten el recurso de casación, de donde resulta que la que se debe tener como impugnada, en el evento de autos, no es la de primer grado, dictada por el Juzgado 2º Superior de Cali, sino la de segundo, proferida el 21 de junio del año pasado por el Tribunal Superior de la citada ciudad.

Como quedó reseñado, el cargo que con el carácter de fundamental se hace al fallo acusado, invocando la causal 2ª, es el de que en

él, por errada interpretación o apreciación de los hechos acreditados en el proceso, se desconoció la legítima defensa subjetiva que ejerció el señor Ruiz Vásquez al dar muerte de varias cuchilladas al señor Jorge Arteaga. En este planteamiento se hace la aseveración de que la conducta del procesado estuvo determinada por el miedo que le tenía a Arteaga, sujeto con el cual había peleado algunos meses antes, llevando la peor parte, aseveración que carece de todo respaldo probatorio.

En efecto, conforme a los testimonios de quienes presenciaron los hechos, Ruiz Vásquez, tan pronto entró al café, se dirigió a la mesa donde se encontraba Arteaga y allí, tras breve cruce de palabras, que nadie alcanzó a apreciar con debida propiedad, le asestó la primera puñalada, precisamente en el instante en que el agredido se puso en pie. En estas condiciones es por entero inadmisible la idea de que Ruiz Vásquez hubiera causado la muerte de Arteaga determinado por ese miedo en que tanto hace hincapié el escrito de impugnación y que, en verdad, no asoma por ninguna parte a través de la prueba y, en cambio, lo desvirtúa la misma conducta del procesado que, de acuerdo con los autos, es el que busca contacto con Arteaga para acometerlo tan pronto lo consigue.

Según los mismos testigos de los hechos, Ruiz Vásquez, a continuación de que hirió a Arteaga en esa forma sorpresiva que se acaba de indicar, emprendió carrera y como se diera cuenta de que su víctima lo seguía, a pesar de que pudo apreciarla por completo inerme, con los brazos abiertos, se devolvió contra ella, le lanzó varias cuchilladas, una de ellas, en actitud cobarde hasta el exceso, cuando ya el señor Arteaga, a consecuencia del ataque, se encontraba caído en el suelo. Este otro aspecto, en su severa elocuencia, es de suyo definitivo para liquidar la famosa legítima defensa subjetiva que el recurrente plantea en la impugnación, pretendiendo que se desconoció en orden a errada interpretación o apreciación de los hechos del proceso.

El otro cargo al fallo acusado, con apoyo a su vez en la causal 2ª, se aduce en la consideración de que entre Ruiz Vásquez y el señor Arteaga se produjo una riña, fenómeno que, en su obvio y natural entendimiento, implica cambio de golpes entre dos o más personas, hecho del que nadie da cuenta en el proceso con respecto a los dos sujetos mencionados, y que tampoco da lugar en la demanda al más mínimo argumento encaminado a demostrarlo.

Ahora, no prosperando la causal 2ª, tampoco puede tener éxito la 1ª, precisamente porque sólo con la demostración de los dos cargos planteados con apoyo en aquella causal podía, a su turno, demostrarse la violación de los artículos 24, 25 y 384 del Código Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de fecha 21 de junio del año pasado, proferido en segunda instancia contra el señor Graciliano Ruiz Vásquez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

TERMINOS. PRUEBAS ALLEGADAS AL JUICIO EXTEMPORANEAMENTE. SON POR COMPLETO INEXISTENTES E INEFICACES PARA LOS EFECTOS JURIDICOS PROCESALES. LA PRECLUSIVIDAD DEL TERMINO PROBATORIO. EL PRINCIPIO PROCESAL DE LA EVENTUALIDAD EN MATERIA PROBATORIA, TIENE TAMBIEN APLICACION AL JUICIO PENAL.

No deja de ser irregular y contrario a la lealtad del debate judicial que un medio de prueba que el sentenciador debe valorar, se produzca extemporáneamente y apenas se allegue a los autos después de proferirse sentencia de segunda instancia.

Razón de sobra tuvo el ad quem en no tener en cuenta el certificado médico, con el cual el señor defensor pretendió demostrar a última hora que su defendido sufría una grave anomalía psíquica, para alegar una nulidad procesal, pues dicho certificado médico, por la forma y el momento en que se presentó, no es una prueba que podía ser estimada, pues ella se allegó al juicio extemporáneamente, después de estar vencidos los términos probatorios y por lo tanto, ella no tiene ningún valor legal y para los efectos jurídicos procesales es completamente inexistente e ineficaz, de acuerdo con lo previsto por el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

El principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, consagrado por el artículo 597 del Código Judicial, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica, tiene también aplicación al juicio penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del 1º de octubre del año pasado, confirmó la de primer grado proferida por el Juez Primero Superior de dicha ciudad, por medio de la cual se condenó a Henner Luis Ortiz a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias respectivas, por el delito de homicidio consumado en Alberto Bouth Angulo.

Contra la sentencia del Tribunal de Popayán oportunamente interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación el defensor del procesado, recurso que la Sala procede a decidir por medio de esta providencia.

HECHOS Y ACTUACION

El Tribunal hace de los hechos que originaron el proceso la relación siguiente:

"Alberto Bouth Angulo y Henner Luis Ortiz eran amigos y residían en la población de La Sierra, Municipio del mismo nombre. Por cualquier causa, sin trascendencia, Alberto y las hermanas de Ortiz disgustaron y éstas le acusaron ante Henner. El 16 de junio de 1958, como a las 7 p.m., frente al billar que en ese mismo lugar tiene Gerardo Narváez, se encontraron Henner y Alberto; el primero, en términos vulgares, hizo el reclamo a Angulo, contestándole éste en igual forma, pero tratando de esquivar cualquier lance. Siguiendo su camino, fue perseguido por Henner hasta alcanzarlo frente a la casa de Simón Barco. En vista de la agresividad de Henner, Alberto cogió una astilla de leña para su defensa y por más que trató de rechazar la pelea en que se empeñaba su ofensor, éste le asestó tremenda cuchillada en el lado izquierdo del pecho, cuando trataba de entrar a ponerse a salvo en casa de Nicolás Ruiz. Ahí le arrinconó contra la puerta. Alberto alcanzó a dar unos pocos pasos y cayó muerto".

El Juzgado Primero Superior de Popayán, por auto del 27 de abril de 1959, que fue confirmado por su superior, abrió causa criminal, con intervención del Jurado, contra Ortiz, por el delito de homicidio simplemente voluntario, sin circunstancias agravantes ni atenuantes.

Declarado contrario a la evidencia de los hechos el primer veredicto y convocado un nuevo jurado, éste contestó afirmativamente el cuestionario que se le propuso, redactado de acuerdo con el auto de proceder.

En desarrollo de este segundo y definitivo veredicto el Juzgado dictó el fallo que fue confirmado por el Tribunal en la sentencia impugnada en casación.

Cuando el negocio se encontraba en el Tribunal para la revisión, por apelación del fallo de primera instancia, y cuando ya se estaba elaborando el correspondiente proyecto de sentencia, el señor defensor presentó un memorial solicitando se decretara la nulidad del proceso, "a partir del auto que abre la causa a prueba o que pone ésta a disposición de las partes para que digan si tienen pruebas que pedir", fundándose en un certificado expedido por el médico doctor Gilberto Gil, en que éste facultativo llega a la conclusión de que el procesado sufre una grave anomalía psíquica, soportada desde mucho tiempo atrás, pues padece una oligofrenia, y afirmando que el procedimiento seguido es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, pues no se observaron las formas propias del juicio.

DEMANDA

El señor defensor invoca la causal cuarta de casación, pues en su concepto se ha incurrido en el proceso en una nulidad supralegal, por violación del artículo 26 de la Carta. Con base en esta causal el demandante propone dos cargos, que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, acertadamente resume en la forma siguiente:

1º "Que el defensor del reo alegó ante el Tribunal *ad quem,* en memorial visible al folio 113 y siguientes la existencia de una nulidad constitucional 'a partir del auto que abre la causa a prueba o que pone a ésta a disposición de las partes para que digan si tienen pruebas que pedir...', a fin de lograr se practicara un examen sicosomático al procesado..." "ya que hay pruebas en los autos de que se trata de un sujeto que padece de oligofrenia, enfermedad que entraña grave anomalía psíquica por debilidad mental". El abogado se apoyó en el certificado visible al folio 112 del cuaderno principal, aportado al proceso con el memorial anterior.

"Que como el Tribunal no proveyó acerca de tal solicitud y que sólo se conformó con el auto fechado el primero de octubre de 1960 (f. 114), cuyo tenor dice: '...Como desde el 15 de septiembre, según puede verse del informe anterior de la Secretaría, este expediente pasó, con proyecto de sentencia, a la mesa de los honorables Magistrados restantes para suscribir el fallo, no puede tenerse en consideración el anterior memorial por el suscrito Magistrado. En consecuencia, agréguese a los autos'.

"Como respaldo legal a su argumento acude a lo dispuesto por los artículos 200 y 201 del Código de Procedimiento Penal sobre la oportunidad para alegar una causal de nulidad, lo cual puede hacerse 'en cualquier estado del proceso' y, si no se ha verificado ello sino después de dictada sentencia de segunda instancia, entonces es procedente hacerlo en casación.

"Asevera que, el Tribunal, a consecuencia, de no haberse considerado el certificado médico mencionado 'presentado antes de dictar sentencia, ha violado los artículos 200 y 201 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia proferida es también violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional'.

"En cuanto a la importancia de la prueba tendiente a establecer si el procesado se encuentra o no en las condiciones del artículo 29 del Código Penal, para a su vez aplicar las normas procedimentales propias del juicio en cada caso, transcribe una doctrina de la honorable Corte que considera aplicable al presente negocio. Tal doctrina es del siguiente contenido:

" '...Determinar si la persona sindicada por la comisión de un delito es normal o anormal, constituye para el derecho y para la justicia penal el punto básico sobre el cual giran el proceso y sus consecuencias. Cuando se trata de persona normal, determinada y reconocida la responsabilidad se imponen penas privativas de la libertad; pero cuando son anormales determinada la responsabilidad legal social, se imponen medidas de seguridad, en vez de penas'.

" 'Condenar a una persona sin proporcionarle todos los medios de defensa establecidos por la ley, no sólo es violatorio de las normas procedimentales sino de principios constitucionales que consagran normas eficaces en defensa de los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución garantiza que nadie puede ser condenado sin observar la plenitud de las formas propias del juicio, y entre esa plenitud de ga-

rantías nada más importante que la referente a pruebas que van a demostrar la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, o aquellas que por imperativo legal —orden del Juez— deben practicarse para saber a ciencia cierta si la persona —sujeto de proceso— es normal o no. La omisión de estas formalidades engendra un vicio sustancial en el proceso' (G. J. T. LXXX, julio de 1955 N, 2155 pág. 819).

"Y concluye este motivo de impugnación afirmando:

" 'Considero que el fallo contenido en la sentencia de 1º de octubre de 1960 al no hacer referencia a la nulidad propuesta el 28 de septiembre de 1960, como se ve anterior al proveído acusado, es violatorio del artículo 26 de la Carta y de terminantes disposiciones procedimentales'.

2º "El otro motivo que considera estructura la procedencia de la causal cuarta de casación, también como el anterior, lo hace consistir en la presencia de una nulidad constitucional que estima existe en el caso *sub júdice*. Sobre este particular se pronuncia en los siguientes términos:

" 'Como segunda causal de nulidad invoco la contenida en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal'.

" 'Sólo por razones de técnica la presento en forma separada puesto que ella podía quedar envuelta en la primera o sea la constitucional que se ha invocado anteriormente'.

" 'Al no considerar la personalidad del procesado, al no estudiarla a fondo, al no practicar los exámenes psicosomáticos, *teniendo en cuenta que se había presentado un certificado antes de dictar sentencia,* se han violado los artículos 201 y concordantes del Código de Procedimiento Penal que manda al funcionario hacer un análisis de las nulidades propuestas'.

" 'Además debe decretarse la nulidad por cuanto el primer veredicto del Jurado tenía pleno respaldo en el acervo probatorio del plenario y tanto el Juez como el Tribunal debieron aceptarlo. Esta nulidad puede considerarse como de derecho público, pues existiendo dos grupos de testigos que deponían en forma antagónica, lo lógico era aceptar la decisión primitiva de los falladores de conciencia, ya que el Juez no puede declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos sino cuando es claramente contrario a tal evidencia'.

" 'Solicito a la honorable Corte que case la sentencia también por este aspecto'. (fl. 5 y 6 de la demanda. El subrayado de este Despacho)".

"Termina el impugnador su escrito solicitando, a) Que se decrete la nulidad de lo actuado 'a partir del auto de proceder o a partir del auto que abre la causa a prueba...', previa invalidación de la sentencia acusada y, b) Que tras lo anterior, se declare nulo 'lo actuado a partir del auto que declara contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del Jurado y que se ordene dictar sentencia de conformidad con éste'."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que no se invalide el fallo acusado, puesto que el planteamiento del impugnador carece de respaldo legal, y por lo tanto debe desecharse, por las muy claras razones que el señor colaborador Fiscal expone así:

"No puede aceptarse que al no haberse estudiado por el Tribunal *ad quem* la nulidad propuesta por el defensor del reo en memorial de folio 113 se haya incurrido en la violación del artículo 26 de la Constitución, a causa de no considerarse por tal fallador el certificado médico sobre la enfermedad mental que se atribuye á Henner Luis Ortiz (f. 112). Y todo ello para modificar el procedimiento aplicado en el caso sub júdice y, más aún, la clase de sanción imponible al procesado. Este Despacho no acepta como viable el cargo por las razones que a continuación se dan:

a) "El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal prescribe:

" 'No se practicará ninguna prueba sino por disposición del Juez o funcionario instructor ya de oficio, ya a petición del procesado, o del Agente del Ministerio Público, o de la parte civil'.

"Y por su parte, el artículo 203 ibídem es del tenor que sigue:

" 'No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, *legalmente producidas,* la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella'. (Los subrayados de esta Procuraduría).

"Finalmente, el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal señala los objetivos del proceso penal y a su comprobación se ha de orientar la investigación.

"El estudio armónico de tales preceptos permite inducir que, en lo relacionado a la producción de la prueba en el proceso penal, se sigue este itinerario: a) El Juez o funcionario de instrucción o bien alguna de las personas que intervienen en el proceso considera que determinada prueba es conducente a los fines indicados por el artículo 294 ya citado; b) Si lo anterior tiene lugar por una de las partes se formula al Juez la correspondiente solicitud; c) Cumplido lo anterior, el Juez o funcionario de instrucción procede a decretar la recepción de la prueba, y d) En la producción de la prueba han de observarse en cada caso las formalidades que la ley exige. Sólo cuando se han agotado tales etapas puede considerarse que se ha producido legalmente al proceso un determinado elemento de juicio y que, además, no se ha allegado a los autos una prueba que pudiera calificarse de secreta. Cuando se omite una de las etapas mencionadas se violará lo dispuesto por los artículos 207 y 203 del Código de Procedimiento Penal concretamente cuando la prueba se ha allegado al informativo sin previo decreto en que se ordene su recepción y sin observar en su práctica las ritualidades legales.

"Pero a lo anterior se aúna otra obligación ineludible so pena de que recaiga el vicio de inexistencia (art. 202 C. de P. P.) sobre una precisa probanza: que ésta haya sido solicitada dentro del término legal para ello, bien durante el sumario, ya durante el término probatorio de la causa (art. 447 del C. de P. P.), dos días antes de verificarse la audiencia pública (art. 473 ibídem), y, finalmente, durante la tramitación de la segunda instancia (art. 543 y 546 ibídem). En caso de no solicitarse la práctica de una probanza dentro de tal oportunidad habrá precluído el ejercicio de tal derecho, pues si ello no ocurriera así se haría interminable el proceso penal con mengua de una pronta administración de justicia. Por ello el legislador fue celoso al exigir que, durante el juicio, ninguna providencia se cumplirá mientras no está ejecutoriada (art. 195) y de ahí, además la existencia de las notificaciones de todos los autos y sentencias para que las partes puedan ejercitar los derechos que la Constitución y la ley les otorgan para que se mantenga firme el principio de que nadie puede ser juzgado sin antes haber sido oído y vencido en juicio.

"Y todo lo anterior permite afirmar que si una prueba es producida al proceso fuera de su oportunidad legal, sin auto que la hubiera decretado y sin la observancia de las ritualidades que la ley exige en cada caso es imposible jurídicamente entrar a estudiarla, a menos que tal irregularidad se considere que no conlleva un vicio sustancial contra el ordenamiento legal. Ahí se podría hablar de violación del artículo 26 de la Carta por la no observancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

"Ahora bien: aplicando el anterior criterio al caso *sub júdice* se observa lo siguiente: el memorial del abogado defensor del reo Henner Luis Ortiz (f. 113) como el certificado —que ni siquiera se halla autenticado y menos ha sido objeto de ratificación jurada por quien lo suscribe (f. 112)— fueron producidos extemporáneamente cuando ya el negocio se hallaba con proyecto de sentencia, según se infiere de la información secretarial del folio 114 vale decir cuando la tramitación de la segunda instancia había transcurrido y el auto de citación para sentencia se hallaba ejecutoriado (f. 111). De manera que si lo anterior es indiscutible, como lo es, y si de la tramitación de la segunda instancia se enteró el hoy recurrente, por las notificaciones de ley, ningún derecho se le cercenó, ni menos aún se violó el artículo 26 de la Carta. Que tardíamente hubiera pretendido modificar el trámite procesal no implica la obligación por parte de los jueces de cambiar, contra el ordenamiento legal, la ritualidad del proceso penal seguido contra Henner Luis Ortiz.

"Lo expuesto es suficiente para considerar que el cargo alegado como demostrativo de la causal cuarta de casación carece de respaldo legal y, por lo tanto, debe desestimarse por parte de la honorable Corte, conforme lo considera y solicita la Procuraduría.

"El segundo motivo de impugnación sí que resulta extraño en este proceso. En reiteradas y conocidas doctrinas la honorable Corte ha expuesto que dentro de sus facultades como Corte de casación no se halla la de modificar el veredicto del juri, mediante la declaratoria de contraevidencia del veredicto. Y es que precisamente a tal resultado se llegaría de aceptarse la argumentación del impugnador: que se desconozca el segundo veredicto del Juri y se acoja el primero, que ya fue declarado contrario a la evidencia de los hechos consignados en el proceso y aquí sí por un funcionario autorizado por la ley para ello: el Juez *a quo* (art. 537), decisión que al ser apelada ante el Tribunal *ad quem* fue confirmada (f. 89 y ss.), por medio de providencia que fue legalmente notificada y se halla ejecutoriada.

"El planteamiento del impugnador no encuentra respaldo legal y, por absurdo, debe descartarse. Tampoco este segundo cargo es revelador de que en este proceso se haya violado el artículo 26 de la Constitución. En la demanda se encuentra apenas una opinión mas no un argumento serio y convincente que imprima prosperidad a la causal cuarta de casación invocada. Así lo estima este Despacho".

SE CONSIDERA:

Como fácilmente se deduce del texto de la demanda de casación y de la réplica que a ésta hace el señor Agente del Ministerio Público, todos los argumentos del impugnador para tratar de demostrar que en el proceso se ha incurrido en una nulidad constitucional, por violación de las formas propias del juicio, se reducen a alegar que el Tribunal Superior de Popayán no tuvo en cuenta ni estimó en la sentencia acusada el certificado médico que obra al folio 112 del cuaderno principal, y que el señor defensor llevó al proceso cuando el negocio ya se encontraba al despacho y con proyecto de sentencia de segunda instancia, según informe de la Secretaría del Tribunal, para solicitar la declaratoria de nulidad que ahora invoca nuevamente en casación.

Por este motivo, a la solicitud sobre declaratoria de nulidad que entonces hizo el señor apoderado al Tribunal, con fundamento en el expresado certificado médico, recayó el siguiente auto:

"Tribunal Superior del Distrito Judicial. Popayán, primero de octubre de mil novecientos sesenta. Como desde el 15 de septiembre, según puede verse del informe anterior de la Secretaría, este expediente pasó, con proyecto de sentencia, a la mesa de los honorables Magistrados respectivos para suscribir el fallo, no puede tenerse en consideración el anterior memorial por el suscrito Magistrado".

Razón de sobra tuvo el ad quem en no tener en cuenta el certificado médico, con el cual el señor defensor pretendió demostrar a última hora que su defendido sufría una grave anomalía psíquica, para alegar una nulidad procesal, pues dicho certificado médico, por la forma y por el momento en que se presentó, no es una prueba que podía ser estimada, pues ella se allegó al juicio extemporáneamente, después de estar vencidos los términos probatorios, y por lo tanto, ella no tiene ningún valor legal y para los efectos jurídicos procesales es completamente inexistente e ineficaz, de acuerdo con lo previsto por el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

El principio de la preclusión, que delimita las etapas del proceso, dentro de las cuales deben practicarse las diferentes diligencias, obliga a señalar un término fijo para la solicitud y para la práctica de las pruebas, con la condición de que en caso de no aprovecharse, se tiene por decaída de su derecho a la parte que voluntariamente o por olvido dejó que transcurriera dicho término sin utilizarlo, con el consiguiente perjuicio procesal que ello supone.

De acuerdo con nuestro sistema procesal penal la etapa del sumario constituye el verdadero período probatorio del proceso. Pero en la etapa del plenario, inspirado en un sentido más fundamentalmente acusatorio, el respeto debido a la igualdad y a los derechos de las partes impone término de prueba rígido. Iniciada la causa penal propiamente dicha, como ésta se articula sobre la base de un proceso de partes, el principio de igualdad necesariamente impone la preclusividad del término probatorio, dentro del cual habrán de proponerse y practicarse las pruebas pedidas, no pudiendo después ser admitidas otras.

Por esto el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, consagrado por el artículo 597 del Código Judicial, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica, tiene también aplicación al juicio penal.

Síguese de lo dicho que la causal invocada como motivo de impugnación del fallo no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO INVALIDA el fallo acusado proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en este proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO (UXORICIDIO). CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL

Hechos indiciarios. Apreciación de pruebas de incriminación y de pruebas de descargo. Criterios esenciales del envenenamiento. Venenos fulminantes. Conceptos de tratadistas de medicina legal sobre los síntomas característicos que ofrece la necropsia en los intoxicados con ácido cianhídrico. Infracción de la ley penal sustantiva por no existir la prueba del cuerpo del delito, ni la prueba de la responsabilidad.

1. "Los criterios esenciales del envenenamiento son, pues, el veneno, la propinación y la muerte. **De modo que para comprobar el** corpus criminis **en este delito, es necesario probar: 1º** la presencia del veneno **en el cadáver; 2º que ese veneno fue** propinado; **3º que ese veneno fue** la causa de la muerte. **'Es necesario por ello, el concepto de los peritos', para 'establecer la presencia y la efectiva actividad del veneno, que si queda incierta, el hecho de condenar por envenenamiento sería lo mismo que jugar a los dados la cabeza de los hombres. Añade que 'prevaleció la regla de que no es suficiente que las averiguaciones vuelvan** probable **la presencia y los efectos del veneno, sino que es necesario que una y otra cosa estén establecidos de** modo cierto' **(Programa, número 1176; los subrayados son del propio Maestro Carrara)".**

2. La investigación científica ha demostrado que el ácido cianhídrico o las preparaciones que lo contienen, "como el cianuro de potasio, el aceite de almendras amargas, etc", pertenece al tipo o clase de los llamados "venenos fulminantes".

3. Ninguno de los signos anatomopatológicos característicos y fundamentales descritos por la generalidad de los expositores de Medicina Legal fueron observados al practicarse la necropsia en el caso sub júdice.

Si el corpus criminis, **—como recordaba el eminente profesor Luis Rueda Concha— es la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión) con una definición de la ley penal, es razonable y jurídico concluír que no están demostrados a plenitud los elementos esenciales del homicidio por envenenamiento. En tales circunstancias, la Sala desatará el caso propuesto teniendo presentes las normas contenidas en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal y ejercitando las atribuciones que le confiere el artículo 570, letra a), de la citada obra.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales puso término a la segunda instancia de este proceso, adelantado conforme a las normas procedimentales del Decreto número 0012 de 1959, mediante fallo del diecisiete (17) de junio de mil novecientos sesenta, en el cual revocó en todas sus partes la sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Primero Superior del nombrado Distrito, y en su lugar, condenó a Fabio Montoya Quintero, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de su legítima esposa, señora Cecilia Holguín de Montoya, a la pena principal de quince (15) años de presidio, más las accesorias de rigor, y a la indemnización de perjuicios *in genere*.

Contra el fallo del Tribunal el defensor del procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación. Concedido éste en

debida forma y admitido luego por la Corte, fue sustentado dentro de la oportunidad legal por el doctor Agustín Gómez Prada. Agotados los trámites propios del asunto, procede la Sala a decidir.

ANTECEDENTES:

El señor Procurador Primero en lo Penal prohija, en su respuesta a la demanda de casación, el resumen de los hechos materia de la controversia expuesto por el Juzgado Primero Superior de Manizales en providencia del 15 de julio de 1958, visible al folio 136 y siguientes, cuaderno primero, del informativo. Estima la Sala, asimismo, que tal resumen contiene, en esencia, la verdad procesal, y por ello lo transcribe a continuación, en cuanto considera pertinente:

"...el presente negocio se ha venido adelantando para averiguar las causas de la muerte de la señora Cecilia Holguín de Montoya, ocurrida el día treinta de marzo del año que corre (1958, aclara la Corte) en la vereda denominada 'Dosquebradas', jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Cabal, de este Distrito Judicial en la casa de habitación del señor Félix Montoya Castaño. Hasta el presente se ha venido sindicando como autor de dicha muerte al señor Fabio Montoya Quintero, esposo de la occisa, (sic) sindicado de unos diez y nueve años de edad, natural de la ciudad de Pereira y vecino de Santa Rosa de Cabal e hijo de Félix Montoya Castaño y Tulia Quintero.

"... ... .

"El día veintiocho de enero del año de mil novecientos cincuenta y seis (enero 28 de 1956), Fabio Montoya Quintero, sindicado en estos autos, contrajo matrimonio católico, en esta ciudad de Manizales y en la Iglesia de la Inmaculada Concepción, con Cecilia Holguín Valencia, nacida en Santa Rosa de Cabal el día 1º de julio de 1936 e hija legítima de Manuel Holguín y María Valencia. Los esposos Montoya Holguín fijaron su residencia en la casa de los padres de Cecilia, situada en el paraje de 'Dosquebradas', en el municipio de Santa Rosa de Cabal. Allí vivieron por espacio de unos seis meses hasta que Montoya Quintero decidió irse a vivir con su esposa a la casa de sus padres, de Montoya Quintero, situada, como ya se dijo en el mismo paraje de 'Dosquebradas'. No obstante que desde un principio se presentaron algunas dificultades cuando los citados esposos residían en casa de los señores padres de la Holguín, ya en casa de los padres del sindicado este matrimonio marchó normalmente, puesto que, como habrá oportunidad de apreciarlo más adelante, en completa armonía y sin presentarse problema de ninguna clase, Montoya Quintero, llevaba un hogar feliz con su señora esposa, la que era muy apreciada por parte de sus suegros y demás familiares. Doña Cecilia venía sufriendo serios quebrantos en su salud y continuamente era tratada por varios médicos de Pereira y esta era, por decir lo menos, la única circunstancia que podía restarle la entera felicidad a aquel hogar. Cecilia continuaba enferma aunque no reducida a la cama y el día treinta de marzo del año que corre entre siete y ocho de la mañana, domingo, murió.

"Inmediatamente se verificó el deceso de la señora Holguín Valencia, los familiares de su esposo y éste se dispusieron a verificar todas las vueltas necesarias que el caso requería. Los familiares de la extinta, al darse cuenta del deceso de Cecilia y como sospecharan que ésta no había muerto o fallecido de muerte natural sino que había sido envenenada, bien por su esposo o los familiares de éste, dispusieron poner en conocimiento de las autoridades respectivas el hecho a fin de que se iniciara la correspondiente investigación y se establecieran las causas de la muerte de Cecilia Holguín".

Mediante auto del 9 de junio de 1958 el Inspector Segundo Municipal de Santa Rosa de Cabal decretó la detención preventiva de Fabio Montoya Quintero, providencia que se mantuvo en la del 26 de junio del mismo año. Sin embargo, fundado en que del estudio de las pruebas se deduce que "no se encuentra la concurrencia de los requisitos que para privar de la libertad exige la ley procedimental", el Juzgado Primero Superior de Manizales, por auto del 15 de julio de 1958, decretó la excarcelación de Montoya Quintero. (Fls. 136 a 153, cuaderno 1º). El Tribunal revocó la providencia anterior el 9 de septiembre del mismo año. En fallo del 19 de octubre de 1959, el Juez del conocimiento absolvió a Montoya Quintero del delito imputado, fallo contra el cual interpuso el recurso de apelación el respectivo Agente del Ministerio Público. En la sentencia recurrida en casación el Tribunal, como se ha visto, revocó la del inferior, y, en su lugar, condenó a Montoya a las penas ya expresadas. La resolución del ad quem se produjo con el salvamento de voto de uno de los magistrados, quien estimó que la prueba indiciaria aportada al proceso "no lleva a la formación de la certeza respecto a la responsabilidad". (Fls. 288 a 302, cuaderno principal).

LA DEMANDA DE CASACION

En demanda ceñida a la técnica del recurso, el demandante, bajo la invocación de la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, formula a la sentencia impugnada los dos cargos siguientes, que desarrolla en capítulos separados:

"Cargo primero. Errada interpretación de los hechos que en sentir del Tribunal, acreditan el cuerpo del delito y la responsabilidad, y determinaron las sanciones impuestas en la sentencia.

"Cargo segundo. Errada interpretación de los hechos o no haber tenido en cuenta los hechos que demuestran que no están probados ni el cuerpo del delito ni la responsabilidad.

Sin perjuicio de seguir luego con mayor amplitud el curso demostrativo de los cargos enunciados, por razones de método y claridad conviene reproducir de una vez, textualmente, el capítulo final de la demanda, destinado por el impugnador a resumir el extenso y circunstanciado análisis probatorio del proceso:

"Primer cargo. 1º No está probado el indicio de la compra del cianuro por parte de Fabio Montoya Quintero, o mejor, ese hecho no constituye un indicio, porque nadie que quiera realizar un envenenamiento va a adquirir el veneno a un establecimiento donde es conocido, delante de testigos, en gran cantidad (dizque 3 onzas, suficientes para envenenar todo un cuerpo de tropa), ni la víspera del suceso. Además, las explicaciones del adquirente resultaron confirmadas en cuanto se averiguó sobre ellas.

2º "No está probado el indicio de hallarse solo el acusado con su esposa, porque lo que aparece probado es que ella salió a misa temprano, regresó a su casa, se desayunó en el comedor de la misma casa, con su hermana y con su padre e inmediatamente que entró a su pieza le dio el ataque fatal.

3º "No está probado el indicio de la duda del médico doctor Gerardo Cardona León y de la diligencia de autopsia. El médico afirma y reafirma y jura y rejura que la señora Cecilia de Montoya murió de un colapso cardíaco; la autopsia dice con toda seguridad que la señora nombrada murió de un 'trastorno cardíaco, posiblemente infarto'.

Y 4º "No está probado el indicio del examen del Laboratorio de Toxicología de Bogotá, porque ese examen está contradicho por el segundo examen realizado 'para comprobar el resultado obtenido por el primer análisis' y porque está contradicho, además, por las demás pruebas del expediente.

"Segundo cargo. 1º Está probado plenamente la ausencia de cualquier motivo pasional o económico en la muerte de la señora Cecilia Holguín de Montoya. El Tribunal no lo tuvo en cuenta.

"Y, al contrario, está probado plenamente la presencia del motivo del amor de los esposos para conservar la existencia de la mujer. El Tribunal no lo tuvo en cuenta.

2º "Está probado el indicio de la enfermedad de la mujer, que la condujo a una muerte natural y que descarta la muerte criminal. El Tribunal no lo tuvo en cuenta.

3º "Las circunstancias de tiempo y modo indican que la muerte no se debió a envenenamiento por cianuro, de efecto rápido y fulminante, y que produce signos exteriores, en las personas (convulsiones, babaza, congestión, manchas, olor característico). El médico y el sacerdote acudieron a la población de Pereira (sic) y alcanzaron a suministrarle los últimos auxilios, lo cual requiere un espacio de tiempo y la muerte ocurrió sin que se presentara síntoma alguno de que la señora Holguín de Montoya estuviera intoxicada. El Tribunal no tuvo en cuenta este indicio.

4º "El certificado de defunción, la historia clínica y la declaración terminante y enérgica del médico doctor Gerardo Cardona León, fehacientes desde todo punto de vista, excluyen la muerte criminal por envenenamiento de la señora Holguín de Montoya. El Tribunal le niega el valor a estas pruebas, teniéndolo completo o pleno, según las reglas de la crítica.

5º "La diligencia de autopsia prueba que la señora no murió envenenada, sino a consecuencia de un 'trastorno cardíaco posiblemente infarto'. El Tribunal no le dio a esta prueba el valor que tiene.

6º "El último examen de Laboratorio de Toxicología de Bogotá, demuestra con valor de plena prueba, que en las vísceras de la señora Cecilia Holguín de Montoya, no había el veneno que el Tribunal creyó erradamente que le había sido propinado a dicha señora por su marido.

"Según el Código de Procedimiento Penal, no se puede llamar indicio sino al 'hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho'. (art. 216).

"Cuando no son necesarios, los indicios tienen que ser varios (art. 121), distintos (art. 222) y todos señalar el hecho indicado, porque si no, no serían indicios (art. 216).

"Y, por último, cada indicio 'debe estar probado plenamente' (art. 223).

"Aquí no están probados los hechos que el Tribunal llama indicios o no son indicios, porque no se infiere de ellos la existencia del envenenamiento.

"En una palabra, y volviendo al insigne maestro Carrara, no se encuentran las pruebas que un homicidio por envenenamiento requiere: 1º la presencia del veneno en el cadáver; 2º la propinación del veneno; 3º la muerte a consecuencia del veneno propinado.

"Ahora, según el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal, sin que obren en el proceso, legalmente producidas, *la prueba plena o completa de la infracción* por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella.

"Y según el artículo 204 del mismo Código, en los procesos penales las pruebas deben apreciarse por su estimación legal y '*toda duda debe resolverse a favor del procesado,* cuando no hay modo de eliminarla'." (Subrayó el demandante).

Concluye el recurrente solicitando a la Corte que invalide la sentencia acusada y que en su lugar absuelva al acusado de los cargos que se le formularon en el proceso.

En el capítulo destinado a sustentar el primero de los cargos anotados, comienza el impugnador por expresar lo siguiente:

"El Tribunal resume así 'los hechos indiciarios' que sirvieron de base a su condena:

"a) Fue el sindicado Fabio Montoya Quintero quien adquirió cianuro en 'la cantidad que le pareció', precisamente en la noche inmediatamente anterior a la mañana en que se produjo la muerte súbita o repentina de doña Cecilia Holguín de Montoya, y no aparece claro el objetivo de tal adquisición.

"b) El sindicado Montoya y su esposa doña Cecilia se hallaban solos en su habitación cuando le sobrevino a ésta el colapso mortal.

"c) El distinguido médico que atendió a la moribunda y los no menos distinguidos profesionales que le practicaron la autopsia a su cadáver, no descartan la posibilidad de que la muerte pudo producirla una sustancia tóxica, como ya lo dejamos expuesto; y

"d) El examen toxicológico de las vísceras de la víctima, esperado por los mismos facultativos, dio como resultado inequívoco la presencia de cianuro en gran cantidad".

"Estos indicios —continúa el demandante— se reducen a dos: el acusado compró cianuro y las vísceras aparecieron con cianuro. Luego, concluye el Tribunal, fue que el acusado se lo propinó a su esposa. Así presentado el razonamiento aparece a simple vista como de mucha lógica. Y, sin embargo, su fuerza se diluye en el análisis. Tanto es así, que el auto de excarcelación, la sentencia de primera instancia y el salvamento de voto de uno de los Magistrados hacen ver que no existe esa fuerza demostrativa que los dos Magistrados que sostuvieron la condena creen ver en los indicios.

"Pero antes de hacer el análisis del caso, conviene precisar la doctrina, que nos la da el insuperable Carrara:

'Los criterios *esenciales* del envenenamiento son, pues, el *veneno, la propinación* y *la muerte.* De modo que para comprobar el *corpus criminis* en este delito, es necesario probar: 1º *La presencia del veneno* en el cadáver; 2º que ese veneno fue *propinado;* 3º que ese veneno fue la *causa de la muerte'.* Es necesario por elllo, el concepto de los peritos, para 'establecer la presencia y la efectiva actividad del veneno, que si queda incierta, el hecho de condenar por envenenamiento sería lo mismo que jugar a los dados la cabeza de los hombres. Añade que 'prevaleció la regla de que no es suficiente que las averiguaciones vuelvan *probable* la presencia y los efectos del veneno, sino que es necesario que una y otra cosa estén establecidos de *modo cierto'* (Programa, número 1176, y los subrayados son del propio maestro Carrara)".

"La adquisición de cianuro fue aquí una coincidencia desgraciada y fatal; y la presencia del cianuro en las vísceras de la presunta víctima fue una circunstancia de alevosía, de perfidia espantosa, en contra del sindicado y de toda su familia. ¿Quién lo puso en las vísceras? No importa saberlo. Lo que importa y eso sí se sabe con seguridad completa es que el sindicado NO le propinó el veneno a su cónyuge y que ese veneno NO fue la causa de la muerte".

Después de referirse detenidamente a las explicaciones del procesado sobre la adquisición del veneno, agrega el demandante:

"El hecho llamado indicio es la adquisición del veneno y esa adquisición nadie la ha negado. *Pero el veneno se lo propinó Montoya a su mujer,* como lo requiere Carrara? La propina-

ción por parte de Montoya no está probada en parte alguna. Y ya veremos que no puede estar probada, porque la víctima no murió a consecuencia del veneno".

"... ... ..."

"*La adquisición del veneno* la declara el acusado, como ya se vio. Y es su mejor defensa: El señor Jesús Salazar, en presencia del señor Gonzalo Ocampo, me proporcionó cianuro con el fin antes dicho... Para niquelar la bicicleta necesitaba cianuro y para la finca se necesitaba cianuro para los perros... Ese cianuro quedó en el tejar de Playa Rica... se lo entregué al agregado de la finca, o sea, el señor José Ospina... lo llevé con ese fin (para la niquelada de la bicicleta) pero no era la cantidad suficiente". (F. 6 v.).

"Gonzalo Ocampo, el dueño de la droguería, declara que conoce a Fabio Montoya 'desde que él estaba pequeño'; que le dijo 'que necesitaba dicho cianuro para niquelar una bicicleta y por tratarse de un individuo de confianza y vendedor de drogas yo le ordené al señor Salazar que podía facilitarle la droga...; y que no es verdad que él le hubiera contado a los hermanos de Cecilia Holguín lo de la venta del cianuro, sino que ellos le habían ido a preguntarle lo de dicha compra 'y yo no les negué que le había suministrado'; que se trataba de un 'amigo y colega' y por ello ni siquiera le había cobrado el valor; que nadie presenta autorización legal 'porque es un artículo que se le vende a joyeros y para plantas de niquelación, por ser una droga que tiene muchos usos'; y que de la venta se había dado cuenta, fuera del empleado Salazar, 'un hermano de Montoya que lo acompañaba en ese momento y que lo llaman 'Tocayo' " (Fls. 19 y v. del c. 2º y se subraya, y F. 78).

"Jesús Salazar, empleado de la Farmacia Ocampo, confirma que Montoya le pidió que le facilitara un poco de cianuro 'con el fin de niquelar una bicicleta'; que Ocampo no le recibió el dinero por tratarse de un 'vendedor de drogas' (Fls. 19 v. y 82).

"Por si fuera poco, Pedro Mena Figueroa, administrador de la Farmacia Pereira, declara que el 29 de marzo (víspera del fallecimiento de doña Cecilia), Fabio Montoya trabajaba en esa Droguería 'como ventero de mostrador' (F. 83).

"Así las cosas, ¿qué cargo se desprende de la compra del cianuro? Ninguno, por las siguientes razones:

"Primero, el cianuro sirve para niquelar cosas, y Montoya afirma que lo compró para niquelar una bicicleta; pero como no alcanzó la cantidad, resolvió llevarlo para la finca con el fin de dárselo a perros que dañaban los adobes del tejar, lo que se hace en esos establecimientos, según constancias del proceso.

"Segundo, al dueño de la Droguería y al empleado de la misma les expresó que quería la droga para niquelar la bicicleta. Ellos confirman, pues, este dato circunstancial.

"Tercero, en todas las droguerías se encuentra cianuro, como es de público conocimiento. ¿Qué necesidad tenía de ir a otro establecimiento a conseguirlo, cuando a la mano hubiera podido adquirir todo el que hubiera deseado? ¿Por qué va a la Droguería donde era conocido, en donde había varias personas y va acompañado de un hermano suyo, saca gran cantidad y hace eso la víspera del suceso?

"No, un veneno que se destina a fines criminales no se adquiere en semejante forma, tan pública y notoria, sin disimulo ninguno, cuando ha podido obtenerse en la forma oculta o subrepticia que es de suponer y de la manera fácil y expedita que aparece en el proceso y en condiciones de tiempo antelado más propias.

Todavía no aparece prueba alguna de la propinación del veneno. Y es que no la hay, como se irá viendo al analizar las demás pruebas.

"Hubo sólo una coincidencia desgraciada.

"El llamado indicio incriminatorio no resulta sino de una imaginación suspicaz, y, por tanto, no constituye un indicio".

No realiza todavía el impugnador en este capítulo del libelo un examen de fondo sobre el segundo de los indicios que viene analizando, o sea el consistente en el hecho afirmado por el Tribunal, de que el procesado Montoya Quintero y su esposa Cecilia se hallaban solos en su habitación cuando le sobrevino a ésta el colapso fatal. El tema, como luego se verá, está tratado en el capítulo de la demanda destinado al segundo cargo. Por ahora el actor, con fundamento en lo que sobre el particular exponen Fabio Montoya en su indagatoria (f. 33 v.), Félix Montoya Castaño (f. 38), Félix Montoya Quintero (f. 39 v.), Tula Quintero de Montoya (f. 42 v.), y Fabiola Montoya Quintero (f. 43), sostiene que el procesado no pudo hallarse a solas con su esposa Cecilia algunos momentos antes del colapso que ésta sufriera en la mañana de autos. Tal es el sentido que se desprende de lo que el actor expresa inmediatamente después de

citar los pasajes pertinentes de los aludidos elementos de juicio:

"No necesitan comentarios estas declaraciones: Cecilia fue a misa, a Pereira, con sus hermanos, regresó, se desayunó con su cuñada y con su suegro y apenas entró a su pieza sufrió inmediatamente el colapso fatal.

"Los declarantes mienten o el llamado indicio no existe. Llama la atención que todos digan que Fabio llamó a gritos pidiendo auxilio y cuando entraron tenía a su mujer en sus brazos. Sería un extraordinario caso de sadismo y de cinismo: un asesino que luego de propinar la bebida mortal hace la comedia de pedir auxilio en forma desesperada y mantiene en sus brazos a la víctima que agoniza".

El tercer indicio, que en sentir del ad quem radica en el hecho de que el médico que atendió a la moribunda y los médicos que le practicaron la autopsia, no descartan la posibilidad de que la muerte pudo producirla una sustancia tóxica, está examinado así en la demanda:

"Dice el Tribunal que el médico, doctor Gerardo Cardona León, llamado precipitadamente a asistir a doña Cecilia y que en efecto la asistió en sus últimos momentos, no advirtió 'ningún síntoma objetivo de intoxicación', pero que al final de su informe 'apela a lo que en último término diga una investigación toxicológica, pues manifiesta: 'Que la interesada tomó algún tóxico, nos lo dirá el examen de las vísceras enviadas a Bogotá. Es mi dictamen'. Esto, según el Tribunal, es una duda del doctor Cardona León, de la cual lo sacó el examen del Laboratorio de Bogotá, practicado a los dos meses.

"Pues no, el doctor Cardona León no sentó una duda al decir que la investigación toxicológica diría si doña Cecilia había ingerido algún veneno, *sino que lanzó un reto, basado en una absoluta certidumbre de su diagnóstico*: Tan seguro estaba de que doña Cecilia no había sido envenenada, que desafía el examen técnico. Lo que él expresa es lo siguiente: examinen la paciente en forma técnica y verán que en sus vísceras no hay tóxico alguno. Lo cual hace, no sólo con certidumbre sino con verdadera indignación.

"El médico, después de hablar de los antecedentes de la enfermedad de doña Cecilia, describe los últimos momentos y concluye: 'Murió muy apacible y serenamente. Hago constar, señor Inspector, y *en honor a la verdad y nada más que la verdad, que esta enferma no presentó ningún síntoma de intoxicación*, pues nada de convulsiones, sin vómitos, sin calambres, sin retortijones, sin babaza por la boca, sin meteorismo, ni dilatación intestinal y sobre todo, sin ningún olor especial o raro... Dejo así explicada mi actitud como médico en este engorroso caso y *el diagnóstico puesto en el certificado de defunción está ceñido a la más alta honorabilidad y a la más estricta honradez y en el jamás de los jamases ni mi firma ni mi responsabilidad servirían para encubrir un crimen y quiero que estos detalles sirvan para esclarecer la justicia y rechazar las aseveraciones de personas ignorantes y depravadas, de baja clase social, que sin ningún fundamento científico echan a rodar las bolas infames con perjuicio de terceros.* Que la interesada tomó algún tóxico, nos lo dirá el examen de las vísceras enviadas a Bogotá. Es mi dictamen' (F. 10 del cuaderno principal). (Subrayó el demandante).

"Así, pues, el doctor Cardona León no sólo no abriga duda, sino que rechaza indignado toda duda, por los comentarios callejeros.

"Que es lo mismo que expone en su declaración, en la cual, después de hablar de la enfermedad de doña Cecilia, de la llamada a sus últimos momentos, renueva su afirmación categórica: 'Creo deber explicar que esta señora murió con una tranquilidad absoluta *y sin presentar ningún síntoma de intoxicación, pues yo fui médico legista en esta ciudad durante cinco y medio años... y lo digo en honor a la verdad, que esta señora no presentó ningún síntoma* (que describe minuciosamente)... por lo tanto yo certifiqué con toda mi conciencia de hombre honrado y de profesional escrupuloso, que la causa de la muerte de la señora Cecilia Holguín de Montoya *fue un colapso cardíaco.* (Subraya el deponente). Hago constar además que esta enferma no tenía ningún olor particular y *como posteriormente supe que en el resultado de las vísceras se había comprobado la presencia de grandes cantidades de cianuro de potasio alcalino y este tóxico* en cualquier cantidad pequeña, grande o aun mínima tiene su olor característico de manzana podrida. Como hay rumores callejeros e infundados de que la familia Montoya Quintero me dio una buena cantidad de dinero para tergiversar el diagnóstico de la muerte, *protesto enérgicamente y rechazo de plano tal versión, porque la rectitud de mi conciencia y mi honorabilidad profesional no me lo permiten. Es mi declaración y es la verdad'.* (F. 84 del c. principal).

"No se necesitan más comentarios para rechazar el indicio de la duda que el Tribunal encuentra en el médico.

"En cuanto a la diligencia de necropsia, dice el Tribunal que 'el mismo día de su muerte —marzo 30— el cadáver de doña Cecilia fue llevado a Santa Rosa y allí se le practicó por los médicos legistas la autopsia de rigor'. En el acta se dice que 'al abrir las cavidades toracoabdominales no se aprecia nada especial', que la causa de la muerte fue un 'trastorno cardíaco, posiblemente infarto... Las vísceras se envían al Laboratorio Toxicológico'. (Folio 4 del c. principal).

" 'Esta última determinación de los médicos de Santa Rosa —dice el Tribunal— y el empleo de la frase 'posiblemente infarto' induce a considerar que no estuvieron plenamente seguros sobre la evidente causa de la muerte'.

"Pero el Director del Laboratorio de Toxicología, doctor Eduardo Lleras Codazzi, le dice al funcionario de Santa Rosa que le envió las vísceras 'para su examen toxicológico':

" 'Puesto que la causa de la muerte está claramente expresada en la diligencia de necropsia, nos abstenemos de practicar dicho análisis por inconducente' (f. 19 del c. principal).

"Ello basado en el Reglamento del Laboratorio de Toxicología, que dice:

" 'a) Análisis de vísceras cadavéricas de personas cuyo fallecimiento se sospeche que ha sido el resultado de un envenenamiento. Tal presunción deberá estar basada en un denuncio juramentado ante la autoridad competente, o en duda fundada en claras lesiones macroscópicas *por los peritos que practican las autopsias.* Cuando se encuentra o determina la causa de la muerte, no hay razón que justifique el envío de vísceras al Laboratorio'. (F. 20 del c. principal).

"Aquí las vísceras se remitieron por haber mediado denuncio juramentado de Silvio Holguín Valencia, 'conductor de vehículos automotores de profesión' y 'hermano' de la señora Cecilia Montoya. (F. 1 del c. principal).

"El Director del Laboratorio —se repite— consideró 'inconducente' el examen de las vísceras, *'puesto que la causa de la muerte está claramente expresada en la diligencia de necropsia'* (Subrayó el recurrente).

"Tampoco se necesitan comentarios para rechazar el indicio de la duda que el Tribunal encuentra en los médicos que practicaron la diligencia de autopsia... El que se diga 'posiblemente infarto', no marca duda, puesto que con seguridad se afirma que *la causa de la muerte 'fue un trastorno cardíaco'*. Lo que ocurrió 'posiblemente' fue un infarto entre los trastornos cardíacos probables". (Subrayó el demandante).

El cuarto y último de los indicios en que se apoya el fallo recurrido, o sea el de que el resultado del primer examen toxicológico de las vísceras de la señora Holguín de Montoya acusa la presencia de cianuro en gran cantidad, fue objeto del siguiente análisis en la demanda:

"Y, efectivamente, el examen de laboratorio practicado en Bogotá expresa:

" '...En las vísceras del cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya analizadas en este Laboratorio se comprobó la presencia de cianuro alcalino en gran cantidad' (F. 30 del c. principal).

"Con el examen de Laboratorio —dice el Tribunal— quedan 'despejadas las dudas de los médicos de Pereira y Santa Rosa'. El Instituto de Medicina Legal de Bogotá, Laboratorio de Toxicología, conceptuó que 'las deducciones que se pueden sacar de la presencia de este veneno, uno de los más activos que se conocen, en las vísceras del cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya, corresponde hacerlas al médico legista que practicó la necropsia'. (F. 199 del c. principal).

"Y los médicos que practicaron la autopsia, dicen después, el 21 de mayo de 1959:

" 'En vista del resultado del examen de las vísceras de la señora Cecilia Holguín de M., en el Laboratorio de Toxicología, podemos afirmar que la muerte de dicha señora se debió, sin lugar a duda, a una intoxicación por cianuro alcalino' (F. 216 del cuaderno principal).

"He aquí para el Tribunal la prueba definitiva del asesinato: si el examen de Laboratorio dice que se encontró en las vísceras el veneno, si se sabe que Montoya estaba solo 'con la occisa (sic) cuando se produjo el ataque súbito y fatal, se pregunta entonces: ¿quién sino Montoya Quintero pudo haber suministrado el veneno 'en gran cantidad', o lo que es lo mismo, en 'altas dosis', tóxico fulminante éste *que produce la muerte en segundos?* Esta es pregunta del Tribunal. Y se da a sí mismo la respuesta de que está comprobado plenamente el cuerpo del delito y la responsabilidad, al tenor del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

"Sólo que uno de los Magistrados salva su voto, sólo que el fiscal del Juzgado no encontró la prueba para condenar, y sólo que el Juzgado no encontró la prueba para condenar, pero ni siquiera para mantener el auto de detención,

previo concepto del Personero Municipal, que tampoco la encontró.

"No se presentan ahora las contrapruebas o contradicciones, sino sólo las que van directamente contra la validez del examen de Laboratorio, aceptado a última hora por los médicos de Santa Rosa. Pero con una previa advertencia: que el dictamen final de los médicos que practicaron la autopsia no prueba por sí solo el envenenamiento, pues ellos se remiten al *'resultado del examen de las vísceras... en el Laboratorio de Toxicología'*. Luego tanto vale su dictamen de última hora, cuanto vale el examen del Laboratorio de Bogotá. Pues bien, el examen de Laboratorio no prueba la muerte por envenenamiento, por las siguientes razones:

"Primera, porque en la autopsia del cadáver, 'enviado el mismo día' 'de la muerte' a Santa Rosa, como el Tribunal lo afirma, los médicos no encontraron nada de particular: 'Cadáver de una mujer joven, de unos 20 años de edad, de constitución delgada. En la superficie de su cuerpo no se encuentran huellas de violencia, se encuentran las livideces cadavéricas de rigor y en la parte posterior de su cuerpo. Al abrir las cavidades tóraco-abdominales *no se aprecia nada especial.* Lo único digno de mención es la coloración especial de la aurícula derecha y de la arteria pulmonar. Las paredes de estos dos órganos tienen un color oscuro, cianótico, en comparación con el resto de los órganos'. Para concluír que la causa de la muerte fue un trastorno cardíaco, posiblemente infarto. (F. 4 del cuaderno principal).

" 'En los envenenamientos por el ácido cianhídrico o por las preparaciones que lo contienen, como el cianuro de potasio —dice el profesor Uribe Cualla... el cadáver presenta, sobre todo *en la cara, manchas rojas o de color rosado;* la rigidez cadavérica es precoz y muy pronunciada y se prolonga más de lo ordinario; la putrefacción se hace más lentamente. *Las uñas azules, las fauces, inflamadas; la nariz y la boca, con una espuma sanguinolenta; los ojos brillantes y las pupilas dilatadas'*. Y después de hablar del olor como de almendras amargas, característico que se percibe 'al abrir el cadáver' añade: *'El estómago y los intestinos tienen placas rosadas; los pulmones, el hígado, los riñones, el cerebro y la médula espinal, intensamente congestionados. El corazón lleno de sangre líquida''*.

"Y antes ha dicho que 'los resultados de la autopsia que demuestra determinadas lesiones anatomopatológicas en los órganos, según las distintas clases de tóxicos... vienen a demostrar si la causa de la muerte fue debida a un envenenamiento' (Guillermo Uribe Cualla, Medicina Legal y Psiquiatría Forense, 7ª edición, páginas 120 y 124).

"La autopsia no revela las lesiones anatomopatológicas propias del envenenamiento por cianuro, que tomado en gran cantidad o en altas dosis, como el Tribunal lo afirma, ha debido presentar un cuadro inconfundible. Segunda razón, las vísceras permanecieron durante mucho tiempo, primero en Santa Rosa y luego en el Laboratorio de Toxicología.

"Luis Eduardo Chinchilla asegura que la Hermana de la Caridad del Hospital le había dicho 'que las vísceras de la señora Cecilia Holguín habían permanecido varias horas en el Hospital y que se habían demorado mucho en traer el porrón para empacarlas... y que naturalmente ya habían cogido mal olor... y que no se acordaba a quién se las había entregado'. (F. 181 del cuaderno principal). Alberto Hernández Hurtado confirma la anterior exposición (f. 180 ibídem).

"En todo caso, las vísceras estaban en Pereira el 1º de abril, según la constancia de Avianca (f. 7 del cuaderno principal), se reciben el 8 de abril (fls. 19 y 118). El 15 de abril se solicita nuevamente el examen (f. 22 ibídem), y dicho examen se prácticamente (sic) el 22 de mayo de 1958 (f. 30 ibídem), o sea, casi a los dos meses del fallecimiento.

"En casi dos meses, las vísceras debían estar en estado de putrefacción, y 'los cianuros desaparecen de las vísceras por la putrefacción, como lo afirma el Director del Laboratorio de Toxicología, doctor Eduardo Lleras Codazzi (F. 118 del cuaderno principal).

"¿Cómo es posible que al cabo de ese tiempo, en vísceras putrefactas, lo cual no es forzoso demostrarlo, encuentra el Laboratorio 'un cianuro alcalino en gran cantidad'?

"¿En todo caso, Fabio Montoya Quintero fue quien propinó el cianuro alcalino a su mujer? ¿Cuál es la prueba? Hasta ahora no hay ninguna.

"Y tercera razón, que es definitiva, el mismo Laboratorio de Toxicología de Bogotá, en examen practicado el 2 de julio de 1958, de 'pedazos de riñón, hígado, intestino y bazo que en el día de hoy (junio 10 de 1958) el señor Médico Legista de esta ciudad (Pereira) le extrajo al cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya Quintero' (f. 119 del cuaderno principal).

En lo absolutamente indispensable dice dicho examen:

"'Habiéndose practicado ya un análisis toxicológico de las vísceras del mismo cadáver remitidas el 8 de abril del año en curso, en el cual se comprobó la presencia de un cianuro y no habiendo... indicación ninguna sobre la clase de examen que se solicita, suponemos que se trata de comprobar el resultado obtenido en el primer análisis y por tanto procedimos a la investigación de cianuros en las vísceras remitidas, después de comprobar la integridad de los sellos colocados sobre el frasco... (Después de indicar las pruebas realizadas, concluye el dictamen): 'No se obtuvo coloración azul, ni precipitado del mismo color, lo cual prueba la ausencia de cianuro en el destilado, y por tanto en las vísceras analizadas.

"Conclusión. En las vísceras del cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya Quintero, remitidas por el señor Inspector 4º Municipal de Policía de Pereira (Caldas) con oficio número 133 de fecha 10 de junio de 1958, *no se logró poner de manifiesto la presencia de cianuros*. (Subrayó el demandante).

"'Es de advertir que los cianuros desaparecen de las vísceras por la putrefacción, a veces en el curso de unos pocos días' (F. 118 del c. principal).

"Esta última advertencia tiene igual importancia para el examen anterior, puesto que fue practicado casi a los dos meses de la muerte de la dama. De manera que en este punto goza de la misma credibilidad puesto que opera la misma circunstancia y fue practicado por el mismo Laboratorio.

"'La expulsión del veneno absorbido —dice Uribe Cualla— se produce principalmente por los riñones'. Y antes ha dicho que 'después de la absorción pasa el veneno al hígado, donde queda retenido en gran cantidad y en un estado menos soluble, o bien se modifica o se destruye. El hígado es el gran neutralizador de los venenos y por tal razón es allí donde se encuentran en una mayor cantidad' (Obra citada, página 118).

"Pues bien, aquí se examinaron pedazos de hígado y riñones, y no se logró de manifiesto la presencia de cianuros.

"¿A cuál dictamen atender? Decir que el uno está bien hecho y que el otro está mal hecho, es demasiado decir: es forzoso suponer que ambos se practicaron con todas las reglas de la técnica y que ambos son fehacientes. Pero con la particularidad de que en este segundo examen los peritos tratan *'de comprobar el resultado obtenido en el primer análisis'*, o sea, de confirmarlo o infirmarlo. Y resulta que no lo confirman sino que lo rechazan. Cierto que 'el dictamen del perito no es por sí plena' (sic); que 'debe ser apreciado por el Juez expresando clara y precisamente los hechos en que se funda' (art. 268 del C. de P.P.).

"El Tribunal no hace ninguna alusión a este examen y concepto pericial. Ello es inexplicable, porque forma parte del proceso y se quebrantan la ley y la justicia al pretermitir el análisis de una prueba fundamental.

"Y en el caso, lo que hay que concluír es que en las vísceras remitidas en junio no había cianuro y que en las vísceras examinadas a fines de mayo una mano aleve, que no pudo ser la de Fabio Montoya Quintero, había puesto cianuro. No se olvide que los cianuros desaparecen por la putrefacción, a veces en el curso de unos pocos días, como dice el propio Laboratorio.

"Pero el segundo concepto pericial tiene a su favor la circunstancia de que la exhumación del cadáver se hizo oficialmente y que el médico legista extrajo las vísceras, todo lo cual *'fue depositado en un frasco de vidrio que inmediatamente fue tapado convenientemente y sellado'* (El subrayado es del demandante).

"Para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente" (Art. 223 del C. de P. P.). Aquí ningún indicio está probado plenamente, porque no hay ninguno de que se infiera 'lógicamente la existencia de otro hecho' (art. 216), o sea, para el caso, dos de las circunstancias exigidas por Carrara: Que el veneno 'fue propinado' y 'que ese veneno fue la causa de la muerte'.

"Queda así expuesto el primer cargo contra la sentencia. El estudio del segundo cargo hará ver, en forma fehaciente, que corresponde a profunda convicción, la inculpabilidad del acusado.

"Pero ya con este habría motivo para invalidar el fallo y absolver al inculpado, como lo demando respetuosamente, puesto que no están probados el cuerpo del delito ni la responsabilidad, al tenor del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal".

Segundo cargo. Errada interpretación de los hechos o no haber tenido en cuenta hechos que demuestran que no están probados ni el cuerpo del delito ni la responsabilidad.

Considera el impugnador que el Tribunal "no tuvo en cuenta o interpretó erradamente las siguientes pruebas, en el particular":

"a) No hay motivos o móviles para el delito;

"b) La mujer estaba gravemente enferma;

"c) El tiempo y demás circunstancias indican que no falleció a consecuencia de veneno fulminante;

"d) El certificado de defunción, la historia clínica y la declaración del médico que la asistió desmienten la hipótesis del envenenamiento;

"e) La diligencia de autopsia prueba que no hubo envenenamiento;

"f) El último examen de Laboratorio prueba también que no hubo envenenamiento".

Para acreditar los hechos anteriores, el actor realiza en este segundo capítulo de la demanda, metódicamente, un amplio examen del haz probatorio del proceso, análisis que lo lleva a la conclusión de que aquí no se encuentran probados los presupuestos que un homicidio por envenamiento requiere: 1º La presencia del veneno en el cadáver; 2º La propinación del veneno; 3º La muerte a consecuencia del veneno propinado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Con acusada capacidad de síntesis, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal destaca las dos diversas situaciones que la investigación plantea. Conforme a una de ellas, la muerte de la señora Holguín de Montoya se debió a una causa natural; según la otra, dicha muerte fue obra de un acto criminoso: envenenamiento por cianuro. Después de examinar las dos hipótesis, el señor Agente del Ministerio Público "considera que la causal segunda de casación alegada tiene perfecto asidero en autos y, por ende, ...solicita a la Corte que proceda a invalidar el fallo objeto del recurso, y, en su lugar, absuelva al señor Fabio Montoya Quintero del delito de uxoricidio que se le imputó en el presente proceso".

Dada la importancia de los conceptos emitidos por el distinguido colaborador, la Sala, en lo pertinente, los transcribe a continuación:

"Sugiere el sumario —se repite— la posibilidad de una muerte repentina, dada la causa de ella indicada por quienes fueron testigos de su ocurrencia, por la diligencia de autopsia, por la historia clínica llevada a la señora Holguín de Montoya, y por las referencias testimoniales dadas en relación con la vida matrimonial que la misma señora llevaba, profesándole a su esposo un verdadero amor que éste en la misma forma le correspondía, todo lo cual da lugar a presumir la ausencia de móviles determinantes de un asesinato.

"Pero también el informativo da base para suponer que la señora Holguín de Montoya, fue víctima de un envenenamiento con cianuro, dado el hecho de que la víspera de su fallecimiento, su marido de ella adquirió en una de las farmacias de Pereira, donde era muy conocido, una cierta cantidad de cianuro —no se sabe de qué sal o clase— para emplearlo (según lo afirma el acusado y lo corroboran quienes se lo vendieron) en niquelar una bicicleta, objeto éste que no fue presentado. Dicha sustancia, alega su comprador haberla entregado al señor José Ospina, trabajador de la finca donde vivía, quien descuidadamente la dejó en una repisa, sin saber luego a dónde fue a parar, pues se le olvidó recogerla al retirarse, según su declaración.

"A este hecho comprometedor se agrega otro más importante y que consistió en que al verificarse el 22 de mayo de 1958 un examen de parte de las vísceras de la señora Holguín de Montoya en el Laboratorio respectivo del Instituto de Medicina Legal de esta ciudad, se obtuvo un resultado francamente positivo, porque "se comprobó la existencia de un cianuro alcalino *en gran cantidad*". (El subrayado es de la Procuraduría).

"Sin embargo, esta importantísima prueba incriminatoria, de fuerza incontrastable en cualquier otra ocasión, en el presente caso se halla contradicha por un nuevo examen del resto de vísceras de la mencionada señora, el cual se efectuó en el mismo Laboratorio, a fin de comprobar o reafirmar el primer análisis toxicológico ocurriendo, con gran sorpresa, que en tales vísceras 'no se logró poner de manifiesto la presencia de cianuros'.

"Tales son los hechos del proceso que, como indicios unos y contraindicios otros, sirvieron de elementos de juicio, y que al ser valorados por el Tribunal de instancia, dieron lugar a que éste revocara la absolución con que había sido favorecido el acusado por el juez *a quo*.

"Esos mismos hechos son los que el demandante analiza y confronta para terminar alegando que fue infringida, con la condena que impugna, la ley penal sustantiva, desde luego que 'en el proceso no existe la prueba del cuer-

po del delito ni existe la prueba de la responsabilidad (art. 203 del C. de P. P.)'.

"Se está, pues, en presencia de un caso judicial de suma trascendencia, en cuanto a la apreciación que debe hacerse de la prueba de incriminación y de descargo. Los fallos que en él han sido pronunciados tienen un fundamento diametralmente opuesto, por lo cual se impone que la honorable Corte, como Supremo Juez terrenal, valore esas mismas pruebas en la forma más acorde con la equidad y el derecho, a fin de que los postulados propios de la defensa social, que a la vez que mandan imponer una pena a quien delinque, exigen la libertad del inocente, se cumplan efectivamente en el presente negocio.-

"*Tercero.* De la causal segunda de casación alegada y de la respuesta que da el Ministerio Público a las razones ofrecidas por el demandante.

"En forma minuciosa y metódica, el recurrente opone a las razones en que se apoya el fallo acusado, los argumentos que su criterio de profesional en ejercicio le inspiran.

"Buena parte de los planteamientos hechos en la demanda, concuerdan con los presentados por la defensa en el curso de las instancias; otros tantos, con lo expresado en las providencias judiciales que en alguna forma fueron favorables al procesado; y muchos son de la propia cosecha de quien inteligentemente sustenta el recurso interpuesto".

Para entrar a considerar tales raciocinios, que se hacen con el propósito de que prospere la causal segunda de casación invocada, le parece a este Despacho necesario partir de la base de que el juzgamiento del señor Fabio Montoya como uxoricida, no dependió de la decisión del jurado de conciencia, en virtud de lo establecido por el Decreto Legislativo número 0012 de 1959, circunstancia procesal ésta que a su vez da ocasión para obedecer las enseñanzas de la honorable Corte, en relación con la segunda causal, que están contenidas en la sentencia de casación del 14 de noviembre retropróximo proferida en el negocio seguido a Luis Alfredo Matoma Tique por el delito de homicidio.

Se recuerda aquí de la citada sentencia el siguiente aparte:

"Esta circunstancia impone que ya que la causal segunda es procedente en este juicio, se haga una exhaustiva y minuciosa valoración de la prueba, a fin de que un examen atento de la misma permita a la Sala moverse con tal desenvolvimiento y ponderación que corresponda a las circunstancias mismas que ofrece el proceso.

"Es manifiesto que todo juicio penal encuentra dificultades extremas para su completa dilucidación. No es fácil determinar cuándo una conducta humana es susceptible de responsabilidad y cuándo ésta, porque fue establecida legalmente, se hace digna de una sanción. Pero en algunos casos —como en éste— esas dificultades se extreman de tal modo que hace necesario un análisis a fondo de los elementos de juicio que sirvan de base al pronunciamiento judicial, de tal manera que sea éste el resultado de profunda motivación y exégesis acorde con las necesidades de la justicia, bien sea ésta para las finalidades de la defensa social, o bien para impedir que pueda recaer una sentencia condenatoria sobre quien no sea legal y verdaderamente responsable". (Sentencia del 14 de noviembre de 1960).

"Cabalmente ocurre con la demanda de casación presentada, que ella tiende o propende a todos los fines indicados por esa Superioridad en la doctrina transcrita, pues la acusación que contiene, por su eficacia y contundencia, sirven para procurar la enmienda de los yerros cometidos por el Tribunal de Manizales al revocar como revocó el fallo de primera instancia.

"De otra parte, cabe observar que, en entender de este Despacho, la conducta del acusado, de su familia, y, en especial, la de la señora Tula Quintero de Montoya, así como la atestación del doctor Gerardo Cardona León, no pueden quedar sujetas a sospecha alguna, porque lo evidente es que en la muerte de la señora Cecilia Holguín de Montoya, no tuvo interés alguno, mediato ni inmediato, su marido de ella y tampoco los familiares de éste, y porque la forma terminante y sincerísima en que declaró quien fuera el médico que atendió en vida a la misma señora de Montoya, unida a las conclusiones del segundo dictamen toxicológico, ciertamente que descartan toda actuación criminal en el desgraciado evento ocurrido.

"Aquí sí que puede decirse con Carrara, que 'las desgracias demandan lágrimas, pero no penas'. Y puede a su turno sostenerse que las meras coincidencias, de aparente inculpación, nada valen ante la ausencia evidente de un móvil para delinquir.

"Además, debe reconocerse que la acusación hecha en la demanda a la sentencia del *ad quem*, es indudablemente certera y apodíctica, siendo,

por lo mismo, muy poco lo que puede agregar de cuenta propia la Procuraduría.

"En realidad, para dar por establecido el cuerpo del delito y la culpabilidad del justiciable, se le asignó a la infortunada casualidad de haber comprado éste, el día anterior al suceso de autos, una cierta cantidad de cianuro, una importancia probatoria que no tiene. Y también se incurrió en error al darle valor de plena prueba a un dictamen desfavorable a la causa del incriminado, olvidando así que ese dictamen aparece claramente contradicho por otro, como también por la diligencia de necropsia y por todo el acervo de prueba testimonial a que atrás se ha hecho alusión y que sirve para inferir que ningún interés pudo haber tenido Fabio Giraldo en la desaparición de la mujer que fuera no solo su esposa sino su amada.

"Se repite que la acusación es plena y convincente. Y se agrega de parte de este Despacho lo siguiente que en la demanda no se recuerda:

"El señor Ramiro Mesa Sánchez, como Secretario de la Inspección Tercera de Policía de Santa Rosa de Cabal, donde se inició la investigación penal por la muerte de la señora de Montoya, fue encargado de remitir las vísceras de la muerta a Bogotá. Pues bien: dicho Secretario, sobre el punto afirma al folio 13 del cuaderno de pruebas de la parte civil, esto:

'Un día cuya fecha no recuerdo, personalmente de manos del doctor Mario Alvarez recibí las vísceras del cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya, las cuales me entregó en un frasco grande debidamente sellado en la tapa con esparadrapo y herméticamente cerrado, frasco que cogí y luego en la Alcaldía de esta ciudad en presencia del doctor Ramón Ortega y otros empleados de la Alcaldía, empaqué en una caja de cartón y personalmente puse al correo aéreo con destino a Bogotá, sin que hubieran pasado por ninguna otra mano'.

"Y el señor doctor Alvarez Vélez, a quien cita el señor Mesa, expone:

'Yo, como Médico Legista practiqué la necropsia de la señora Cecilia Holguín, personalmente deposité las vísceras en el bocal conseguido para el efecto y se cerró con una banda de esparadrapo, inmediatamente se lo encomendé a la religiosa encargada al servicio de hombres (Sor Luisa), con la recomendación especial de entregarlo a la autoridad competente cuando fuera a reclamarlo'." (Fl. 13 v. id.).

"La necropsia de que se habla se efectuó el 31 de marzo de 1958 (fl. 4, cuad. 1º).

"El envío de las vísceras en mención ocurrió el día primero (1º) de abril subsiguiente, a las cuatro y media (4.30) de la tarde, y fue efectuado desde la ciudad de Pereira, como se comprueba con el recibo que obra al folio 7 del citado cuaderno principal. Tal remisión la hizo la Alcaldía Municipal de Santa Rosa y no aparece firmada por su autor, en la casilla designada para tal fin.

"De las pruebas acabadas de mencionar, resulta, en primer término, que el señor Mesa y el doctor Alvarez se contradicen en cuanto al hecho de la entrega de las vísceras, puesto que el primero habla de que las recibió de manos del segundo, al paso que éste asegura que a quien se las entregó, fue a la religiosa Sor Luisa.

"También se deduce que no fue cierta la remisión inmediata de las mismas vísceras, como que lo probado es que el envío se hizo por la Alcaldía y no por la Inspección al día siguiente de ser recibidas por el Secretario de esta última oficina, ignorándose en definitiva qué persona cierta y determinada consignó en la Avianca el frasco o paquete contentivo de tales entrañas.

"Las anteriores circunstancias y anomalías ocurridas con la entrega y el envío de lo que fue objeto del primer examen toxicológico, ciertamente que no se presentaron cuando se dispuso y se efectuó el segundo examen que obra en autos.

"Hecha la anterior observación, indudablemente cobran mayor crédito las declaraciones rendidas por los señores Luis Eduardo Chinchilla y Alberto Hernández Hurtado (fls. 180 y 181, cuaderno 1º), las cuales inexplicablemente fueron menospreciadas en la sentencia, y en las cuales se apoya con razón el demandante".

SE CONSIDERA:

1) Es evidente que en el proceso la investigación no logró determinar los móviles o motivos de la conducta criminosa que se le imputa al procesado. Por el contrario, un importante acervo de prueba testimonial sirve para inferir —como oportunamente lo observa el Procurador— que ningún interés pudo haber tenido Fabio Montoya Quintero "en la desaparición de la mujer que fuera no sólo su esposa sino su amada".

En este sentido son elocuentes, entre otros, los testimonios de Pablo Zuluaga (f. 65 v.), Héctor Cardona (f. 67), José de Jesús Atehortúa (f. 67 v.), María Jaramillo v. de Sánchez (f. 74), Mary Gutiérrez de Salinas (f. 75), Gon-

zalo Castaño (f. 75 v.), personas que conocieron de cerca el matrimonio Montoya-Holguín. Todos estos deponentes coinciden en expresar, con sencillo realismo, que los mencionados esposos se profesaban recíproco y apasionado amor. Está demostrado, por otra parte, que el marido se preocupaba por la salud de su mujer. En el informativo aparecen prescripciones médicas de los doctores Gerardo Cardona León y Bernardo Mejía Jaramillo para Cecilia Holguín de Montoya (fls. 11 a 17, cuaderno principal). En la "Historia Clínica" de dicha señora, dice el médico doctor Cardona: "Repito que frecuentemente la veía en la residencia de la familia Montoya Quintero: supe que con frecuencia su esposo la hacía examinar del doctor Bernardo Mejía Jaramillo y vi varias fórmulas de dicho facultativo y todas tendían hacia el mismo tratamiento (antianémicos y recalcificantes) y en igual sentido y condiciones le formulaba yo" (f. 10). Y el ya citado deponente Gonzalo Castaño Jaramillo manifiesta sobre el particular: "... pues Fabio la quería bastante, cuando la veía enferma le llevaba drogas de mi Farmacia y Fabio se preocupaba mucho por su salud, en cuanto a la vida conyugal de los esposos, se querían demasiado y vivían muy buenos..." (f. 75 v.).

Tal era el ambiente afectivo del hogar hasta que sobrevino la muerte súbita de la mujer, ambiente que, en lógica secuencia, se prolonga después del deceso. Los testimonios de Fabio Idárraga (f. 66), Hernán Ramírez (f. 66 v.), Héctor Cardona y Jesús Atehortúa son en extremo ilustrativos al respecto. Todos estos testigos estuvieron en la casa del duelo el día en que se produjo la muerte de la señora Cecilia Holguín, y se hallan acordes en manifestar que, entre los miembros de la familia especialmente Fabio Montoya, daba claras muestras de hallarse poseído por el dolor. El mismo padre de la muerta, señor Manuel Holguín Ríos, posteriormente constituído en parte civil dentro de este proceso, después de relatar su llegada a la residencia de los Montoya Quintero, el día de la muerte de su hija, declara de manera insospechable: "... cuando Fabio me vio se me colgó del cuello y me dijo en forma triste y llorando: Ay don Manuel se me murió Cecilia, éste sí demostraba dolor por la muerte de su señora esposa, a mí se me vinieron las lágrimas viendo este lamentable cuadro y la angustia de Fabio..." (f. 70). Y un poco antes, en la misma declaración, al referirse al tiempo en que los jóvenes esposos habían vivido en su casa, es decir, en la del señor Holguín, Fabio era "muy cumplido... y muy afectuoso con ella" (Cecilia); que un día resolvieron irse a casa de los padres del muchacho, y que éste, Fabio, "siguió bien, nos visitaba mucho a nosotros, pero él solo, después traía a Cecilia a escondidas de los padres de él".

Juzga la Corte que, dadas las características especiales del caso sub júdice, en este proceso asume excepcional importancia la vida afectiva del procesado en el plano de sus relaciones conyugales. Por ello comparte, en lo fundamental y frente al cuadro probatorio anterior, los siguientes conceptos del actor sobre el particular:

"Sería suponer demasiado cinismo, o mejor, una verdadera locura que el esposo asesine a su mujer y luego haga la comedia del pesar y del llanto por su fallecimiento.

"Con razón comenta el Juzgado para absolver al sindicado que dada la normalidad de las relaciones de los esposos, dado el desvelo del marido por la salud de su mujer, y dados el dolor y desesperación de parte del sindicado, es necesario concluír que 'no existía ningún fundamento para que Montoya eliminara a su esposa'.

"Y el magistrado que salvó su voto no vislumbra 'un interés predominante, un motivo económico, un móvil pasional de odio, venganza o celos que hubiera impulsado al agente a la actividad delictiva en contra de su cónyuge' y que, por el contrario, hay declaraciones 'en las cuales se afirma que los esposos Montoya Holguín hacían ostensible su afecto mutuo durante su vida conyugal y que fue notorio el pesar que al acusado le produjo la muerte súbita de su esposa'.

"Lo cual es evidente.

"Y este es un indicio muy poderoso de inculpabilidad, porque salvo casos de inconsciencia o de locura, los delitos se cometen por pasión o por interés. Un hecho como éste, de ser delictuoso, no se explicaría sin un poderoso motivo de orden pasional, de celos o de odio, que aquí no aparece por parte alguna".

Cabe advertir, por otra parte, que no se trata aquí de un hombre de mundo de azaroza vida sentimental, o de aquél cuyos conflictos económicos, o el ansia de lucro, o del afán irrefrenado de satisfacer vicios ocultos o públicos llevan con frecuencia hasta el delito. Por el contrario, la personalidad del procesado, tal como surge de los autos, es la de un joven de 19 años, de correctos antecedentes, producto natural de la clase media provinciana, sin capacidad, por tanto, para el disimulo, la ficción o la perfidia, propios, por modo general, de medios sociales más complicados. La observación sociológica demuestra que la personalidad es, en buena parte y salvo excepciones, producto del medio en que se ha

desarrollado. En el presente caso, nada autoriza a sostener que no hay una marcada adecuación entre la personalidad del procesado y el medio social en que ha vivido y actuado.

2) Existen en el informativo abundantes datos de que la señora Cecilia Holguín de Montoya era una persona enfermiza, cuyos quebrantos de salud habían hecho necesaria la intervención médica. La Historia Clínica, visible al folio 10, cuaderno principal, es ilustrativa al respecto. En ella dice el doctor Gerardo Cardona León, médico de la familia Montoya Quintero, que a partir del matrimonio la siguió viendo con frecuencia en la residencia de sus suegros, y agrega: "Esta paciente perdía diario de su peso y tomaba muy mal color, hasta sumirse en una anemia y enflaquecimiento exagerados"... "Conocí varios exámenes de laboratorio ordenados por el doctor Mejía Jaramillo en el mes de mayo de 1957, exámenes que demostraron las escasez (sic) de sangre y la existencia de muchos parásitos intestinales en su organismo. Esta enferma en los últimos 6 meses se le presentaron fenómenos menstruales muy irregulares hasta el punto de durarle la menstruación hasta 12 y 15 días, debido a su estado clorótico, anémico y descalcificado". En dicha historia, que lleva fecha 4 de abril de 1958, expresa también el médico doctor Cardona, que unos veinte días antes había estado en casa del señor Félix Montoya, con motivo de un accidente que éste sufriera, "y allí mire nuevamente a la señora Cecilia, y me llamó profundamente la atención su pésimo estado de salud y recuerdo que allí mismo le formulé un buen reconstituyente y le insistí para que comiera y le aprovechara más el medicamento por mí formulado". Estas observaciones de la historia clínica fueron ratificadas por el nombrado médico en posterior declaración, visible al folio 84.

El padre de Cecilia, Manuel Holguín, manifiesta que la salud de su hija "era regular" (f. 70 v.), expresión que en el lenguaje común tiene el significado de "no muy buena". Fabio Montoya dice en su indagatoria que su señora "sufría desarreglos en la menstruación y unas hemorragias muy fuertes y cogió anemia, los médicos que la atendieron fueron el doctor Gerardo Cardona León y el doctor Bernardo Mejía Jaramillo". Y al preguntársele por el funcionario instructor, si su esposa había sufrido alguna vez algún ataque cardíaco, manifestó: "Le dieron tres picadas al corazón de poca gravedad" (f. 35). En declaración visible al folio 38 el señor Félix Montoya Castaño afirma que "ella fue enferma desde que se casó pero permanecía levantada...", y que "ella sí sufría del corazón porque varias veces le dieron picadas, pero no hubo intervención de médico, porque al rato le pasaba la picada". De los quebrantos de salud de Cecilia hablan también la señora Tula Montoya (f. 42) y María Jaramillo de Castaño (f. 74). José María Ospina, mayordomo de la finca de los Montoya, refiere que el día de la muerte de Cecilia, a hora muy temprana estuvo en misa con ésta y varios miembros de la familia, y que durante el rato que estuvieron en la Iglesia "a la señora Cecilia le estaba dando una maluquera" (f. 210 v.). Y el mismo señor Silvio Holguín dice en la denuncia que su hermana Cecilia "no sufría ninguna enfermedad a excepción de una anemia" (f. 1).

3) No está plenamente demostrado que Fabio y su esposa se hallaran a solas algunos momentos antes de que a ésta le sobreviniera el colapso mortal. De lo expuesto por el procesado sobre el particular (f. 33) y de las declaraciones de Félix Montoya Castaño (f. 38), Félix Montoya Quintero (f. 39), Tula Quintero de Montoya (f. 42), y Fabiola Montoya Quintero (f. 43) se desprende que la entrada de Fabio a la habitación en donde se encontraba su esposa y el momento del síncope fueron prácticamente simultáneos.

4) Es importante observar en el presente caso que entre el momento del colapso y aquel en que se produjo efectivamente la muerte de la señora Cecilia Holguín transcurrió un tiempo apreciable. "El día de la muerte de la señora Cecilia —relata Camila Montoya al folio 72 v.— vine a esta casa por una leche y en esos precisos momentos estaba Cecilia agonizando y estaba sola en ese momento, doña Tula en ese momento se encontraba con el doctor Cardona León y Fabio estaba llorando, cuando vi a Cecilia agonizando me demoré hasta que murió". Y Jesús María Gallego refiere que oyó cuando Fabio "llamaba a doña Tula a gritos y le decía que corriera que le había dado una picada a la señora Cecilia..."; que "luego llegó el doctor Cardona y la asistió en la hora de la muerte"; que "a Cecilia le daban como picadas porque se ponía la mano en el corazón en medio de la agonía" y que "luego la atendieron, como era natural, y al momentico murió" (f. 73).

Félix Montoya Quintero relata que oyó un grito de su hermano Fabio "pidiendo auxilio"; que al acudir inmediatamente a la alcoba y preguntarle qué pasaba, su hermano le respondió que a Cecilia "le había dado un síncope o ataque". "Cuando entré a la pieza, Fabio tenía a Cecilia en sus brazos". Y agrega: "...en eos (sic) entró mi papá también y me dijo que pi-

diera un médico y un sacerdote, a lo cual cogí el teléfono, llamé al doctor Cardona León y a uno de los padres Carmelitas en Pereira, me puse a la espera de la llegada de ellos, entró el doctor Cardona León y le informé y le aplicó unas inyecciones, inmediatamente salió el doctor Cardona y me entregó una fórmula para que fuera a conseguir los remedios a Pereira, unas ampolletas de las cuales me recuerdo que eran coramina y cafeína y otras". Continúa relatando que fue a Pereira, las compró, las trajo y se las entregó al doctor Cardona. Y anota: "Cuando llegué con las drogas ya estaba Cecilia en estado preagónico..." (f. 39).

En declaración al folio 83 v. y siguientes, el médico doctor Cardona manifiesta que se encontraba en su casa acostado cuando recibió la urgente llamada de Félix Montoya, hijo, "siendo las siete y media de la mañana más o menos". "En el término de la distancia —dice— me vestí, cogí un automóvil de Tax-Central y rápidamente estuve en la residencia de la familia Montoya-Quintero, en Playa Rica, sección de Dosquebradas: una vez llegado allí procedí a examinar a la paciente, señora Holguín, y me di cuenta que estaba en estado preagónico..."

Y en la misma declaración, un poco más adelante, manifiesta el citado médico: "Creo deber explicar que esta señora murió con una tranquilidad absoluta y sin presentar ningún síntoma de intoxicación, pues es el caso de advertir que fui médico legista en esta ciudad durante cinco y medio años, y que fueron muchísimos los casos de intoxicación con arsénico, con cianuro, con fósforo, con alcaloides y barbitúricos, y lo digo en honor a la verdad, que esta señora no presentó ningún síntoma, es decir, no tuvo convulsiones, ni retortijones, ni vómito, ni echó espuma, ni sangre por la boca ni por la nariz; no tenía ningún olor ni livideces, ni amoratamientos, por lo tanto yo certifiqué con toda mi conciencia de hombre honrado y profesional escrupuloso, que la causa de la muerte de la señora Cecilia Holguín de Montoya, *fue un colapso cardíaco* (subraya el deponente)".

La investigación científica ha demostrado que el ácido cianhídrico o las preparaciones que lo contienen, "como el cianuro de potasio, el aceite de almendras amargas, etc.", pertenece al tipo o clase de los llamados "venenos fulminantes".

"Considérase el ácido cianhídrico o prúsico como el más violento de los venenos, no tan solo por su acción a dosis pequeñas, sino porque puede matar con rapidez tanta, que ello le ha valido el calificado de "veneno fulminante" (Ch. Vibert, Medicina Legal y Toxicología, 9ª edición, Tomo II, pág. 128). El mismo tratadista agrega: "Con extraordinaria velocidad empieza la intoxicación originada por el ácido cianhídrico libre y también, con frecuencia, por el cianuro potásico, pues esta sal puede descomponerse a su llegada al estómago, y aun antes, si fue disuelta en un vehículo ácido" ... "Iniciado el envenenamiento, evoluciona el síndrome con tal rapidez que por esto bien merece el adjetivo de fulminante, tanto más si el comienzo es de una prontitud y violencia extremas. Muchas veces el intoxicado no puede expresar de palabra el malestar que experimenta, pierde el conocimiento y cae, de ordinario, lanzando un grito como el de los epilépticos. Al mismo tiempo la respiración se torna espasmódica, las pupilas se dilatan, son salientes los ojos, preséntanse a veces trismus y convulsiones, y el corazón solo conserva algunos movimientos irregulares y muy débiles; la muerte ocurre en un plazo que no suele exceder de dos a tres minutos" (Obra citada, páginas 130 y 131).

Balthazard corrobora estas observaciones.

"La ingestión de 3 a 5 centigramos de ácido cianhídrico —dice— puede producir la muerte inmediata, fulminante; al cabo de uno o dos minutos a lo más, el sujeto cae al suelo, privado de sentido; los músculos se ponen rígidos, y, después de algunas profundas inspiraciones, la respiración se suspende. La cara unas veces está pálida y otras congestionada, presentando una coloración violácea.

"Después de algunas convulsiones, el cuerpo queda rígido, la pupila se dilata, el pulso se hace imperceptible y la muerte sobreviene a los dos o tres minutos, raras veces más tarde.

"Con el cianuro potásico los síntomas son análogos; sin embargo, la muerte sobreviene menos rápidamente. Un ruso llamado Guievitch, cuya autopsia practicamos y que era objeto de una demanda de extradición, logró burlar la vigilancia de los agentes, a quienes persuadió que el cianuro potásico que guardaba en su maleta era una pastilla de jabón. Así mascó un trozo, teniendo tan solo tiempo para decir: 'es para los dientes'. Cayó al suelo, y murió en cinco minutos aproximadamente, sin haber podido proferir ni una palabra más" (Balthazard, Medicina Legal, Sexta edición española, pág. 81).

Es evidente que ni los profanos que rodearon a la señora Holguín de Montoya en sus últimos momentos, ni el médico que la asistió, observaron estos síntomas característicos del envenenamiento por cianuro. Y es evidente, asímismo, que entre el momento en que se produjo el colapso

y el de la muerte transcurrió un lapso mucho más prolongado que el que los expositores han observado en tales casos. No se olvide que el doctor Cardona tuvo tiempo de levantarse de su cama, vestirse, tomar un taxi e ir a la residencia de los Montoya, desde Pereira. No existe el dato de la distancia que mediara entre la residencia del facultativo y la finca de aquéllos. Pero precisamente por tratarse de una finca rural es lógico inferir que está situada fuera del perímetro urbano de dicha ciudad. Además, al tiempo que le tomara al médico el referido traslado, debe agregarse el que como es obvio, tuvo que gastar Félix Montoya en llamar al facultativo.

5) Los tratadistas de medicina legal presentan el cuadro característico e inconfundible que ofrecen en la necropsia los intoxicados con ácido cianhídrico o con cianuros alcalinos. Recuérdense los síntomas anatomopatológicos minuciosamente descritos por el Profesor Guillermo Uribe Cualla: "El cadáver presenta sobre todo en la cara manchas rojas o de color rosado; la rigidez cadavérica es precoz y muy pronunciada y se prolonga más de lo ordinario; la putrefacción se hace más lentamente. Las uñas azules, las fauces inflamadas, la nariz y la boca con una espuma sanguinolenta, los ojos brillantes y las pupilas dilatadas. Al abrir el cadáver se percibe un cierto olor de almendras amargas, que puede ser muy débil si la muerte se verificó hace algún tiempo. El estómago y los intestinos tienen placas rosadas. Los pulmones, el hígado, los riñones, el cerebro y la médula espinal, intensamente congestionados. El corazón lleno de sangre líquida" (Medicina Legal y Psiquiatría Forense, sexta edición, pág. 131).

Vibert, en la obra citada, al referirse a los signos principales que revelan en la autopsia el envenenamiento por el cianuro potásico hace especial mención del olor de almendras amargas que se percibe por lo general y por modo indudable, en el momento de abrir el estómago, anotando que "también despiden el tufo característico de almendras amargas otros órganos, especialmente el cerebro y los pulmones, donde es menos penetrante, aunque más franco que en el estómago". Sobre las lesiones del estómago apunta que la mucosa de éste encuéntrase hinchada, tumefacta y forma abultados pliegues; su consistencia está disminuída, es transparente y se halla embadurnada de mucosidad viscosa. Empapada por la materia colorante de la sangre, ostenta, por ende, tan pronto el color moreno de la hematina por influjo de la potasa, como el tinte rojo vivo debido al ácido cianhídrico" ... "La sangre es líquida, o por lo menos forma coágulos poco voluminosos o blandos..." "Descúbrense, por lo común, las lesiones propias de la asfixia y algunas veces un punteado hemorrágico extendido y abundante en la cara, cuello, pecho y sobre las serosas. Suelen encontrarse también equimosis sobre la mucosa estomacal, aun cuando el envenenamiento haya sido producido por el ácido cianhídrico libre y, por consiguiente, no haya habido cauterización de la pared estomacal" (Páginas 133 y 134).

Un poco más adelante, al hablar del diagnóstico, se expresa así el eminente autor: "La misma prontitud de la muerte, en los casos llamados fulminantes, pone en camino del diagnóstico, pues entre los diversos venenos que nos puedan ocupar en la práctica, ninguno hay que mate de modo tan súbito. En los casos de evolución menos rápida, aun aparece el coma mucho más pronto que en los otros envenenamientos. Es característico el olor que despiden el aliento y los eructos". Y añade, haciendo alusión al característico olor de almendras amargas: "No puede confundirse este olor más que con el de la nitrobencina, substancia también tóxica, pero que raras veces determina envenenamientos". (Página 136).

Y Balthazard dice al respecto:

"*Anatomía patológica.* La rigidez cadavérica se presenta inmediatamente después de la muerte y dura más que de ordinario; sin embargo, la putrefacción sigue su curso normal. Las livideces cadavéricas están muy desarrolladas y tienen una intensa coloración rosa, lo que da al cadáver un aspecto análogo al que se observa en la asfixia por el óxido de carbono. También existen livideces de situación paradójica en el tórax y en la cara anterior de los muslos.

"Al abrir el abdomen, y sobre todo el estómago, se percibe un olor de almendras amargas, a pesar de la presencia de los gases mefíticos desarrollados por la putrefacción.

"Las demás lesiones son: congestión de las vísceras abdominales y del encéfalo, equimosis subpleurales y sufusiones sanguíneas diseminadas a lo largo del tubo digestivo. Empero, cuando la muerte ha sido consecutiva a la ingestión de una notable cantidad de cianuro potásico, las lesiones del tubo digestivo son mucho más considerables y dependen de la causticidad del cianuro, sobre todo cuando éste contiene carbonato potásico. En realidad, si la autopsia se practicara en el momento mismo de la muerte no se observaría más que una hipertermia generalizada de la mucosa gástrica, pues la acción del cáustico

no hubiera tenido tiempo de ejercerse durante el corto espacio de tiempo transcurrido entre la ingestión del veneno y la muerte; pero como la acción cáustica continúa después de ésta, veinticuatro horas más tarde se encuentran la mucosa de la faringe, la que tapiza la entrada de la laringe, la mucosa esofágica y la mucosa gástrica, uniformemente teñidas de un rojo escarlata y cubiertas de un barniz jabonoso; exhalan un olor especial, debido, por una parte, a la formación del ácido cianhídrico, y por otra, a la acción del álcali sobre los tejidos". (Obra citada, páginas 81 y 82).

El Profesor Pablo A. Llinás dice, entre otras cosas, sobre el particular: "El contenido del tubo digestivo debe ser examinado con cuidado. Hay substancias que se revelan por su olor característico, como el cloroformo, el fósforo, el láudano; y otras como el cianuro de potasio y el ácido cianhídrico, que dan al olfato la sensación de almendras amargas". (Compendio de Medicina Legal y de Psiquiatría, Segunda edición, 1943, pág. 57).

Ciertamente, ninguno de los signos anatomopatológicos característicos y fundamentales descritos por la generalidad de los expositores de medicina legal fueron observados al practicarse la necropsia de la señora Cecilia Holguín de Montoya.

Es importante observar, asimismo, la respuesta suministrada en el presente caso por la Oficina Central de Medicina Legal del Departamento de Caldas a la consulta consistente en inquirir si los fenómenos que presenta el cadáver de una persona muerta a consecuencia de envenenamiento por cianuro, son los mismos que produce la muerte por infarto cardíaco. Dicha entidad respondió lo siguiente: "No encontramos en la literatura médica nada que nos pueda hacer pensar en la confusión de los hallazgos cadavéricos de la muerte a consecuencia del infarto cardíaco y aquella que se produce por intoxicación por cianuros". (f. 285, cuaderno principal).

6) El segundo análisis toxicológico de las vísceras del cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya, arrojó un resultado diametralmente contrario al primero: "No se obtuvo coloración azul, ni precipitado del mismo color, lo cual prueba la ausencia de cianuros en el destilado y, por tanto, en las vísceras analizadas". Así, el Laboratorio de Toxicología del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, llegó a la siguiente conclusión el 2 de julio de 1958: "En las vísceras del cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya Quintero, remitidas por el señor Inspector 4º Municipal de Policía de Pereira (Caldas) con oficio número 133 de fecha 10 de julio de 1958, no se logró poner de manifiesto la presencia de cianuros". (f. 118).

Este análisis se realizó "después de comprobar la integridad de los sellos colocados sobre el frasco" contentivo de las vísceras. "Dichos sellos consistían en dos tiras de papel cruzados sobre la tapa del frasco, con la firma 'Faustino González A' y un sello que dice 'Inspección 4 Municipal de Policía - Pereira, Caldas', ambos, firma y sello, repetidos tres veces sobre cada tira". (f. 118). Las vísceras enviadas en esta ocasión al Laboratorio fueron extraídas al cadáver con las precauciones legales del caso, como se desprende de la diligencia de exhumación visible al folio 158, que en lo pertinente expresa: "Estando el cadáver en presencia del señor Médico Legista y del perito adjunto, el profesional en presencia de los funcionarios y del adjunto extrajo sendos pedazos de riñón, hígado, intestino y vaso (sic), lo cual fue depositado en un frasco de vidrio que inmediatamente fue tapado convenientemente y sellado".

Es indudable que estas precauciones y seguridades no rodearon el envase y envío de los fragmentos de vísceras sobre las cuales realizó el mencionado Laboratorio el primer análisis. Este aspecto probatorio lo destaca, con razón, el demandante. Y lo anota con singular acierto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al finalizar su concepto sobre el libelo de impugnación. Las vísceras que fueron objeto del primer examen permanecieron varias horas en el Hospital sin adecuada vigilancia como se deduce de las declaraciones del señor Ramiro Mesa Sánchez y del doctor Mario Alvarez Vélez, citadas en lo pertinente por la Procuraduría. (Fls. 13 y 13 v. del cuaderno de pruebas de la Parte Civil).

En efecto, conviene recordar que el señor Ramiro Mesa dice en su declaración lo siguiente:

"Un día cuya fecha no recuerdo, personalmente de manos del doctor Mario Alvarez recibí las vísceras del cadáver de la señora Cecilia Holguín de Montoya, las cuales me entregó en un frasco grande debidamente sellado en la tapa con esparadrapo y herméticamente cerrado, frasco que cogí y luego en la Alcaldía de esta ciudad en presencia del doctor Ramón Ortega y otros empleados de la Alcaldía, empaqué en una caja de cartón y personalmente puse al correo aéreo con destino a Bogotá, sin que hubieran pasado por ninguna otra mano".

Sobre el particular manifiesta el doctor Alvarez Vélez:

"Yo, como Médico Legista practiqué la necropsis de la señora Cecilia Holguín, personalmente deposité las vísceras en el bocal conseguido para el efecto y se cerró con una banda de esparadrapo, inmediatamente se lo encomendé a la religiosa encargada del servicio de hombres (Sor Luisa), con recomendación especial de entregarlo a la autoridad competente cuando fuera a reclamarlo".

Se recuerda, asimismo, que la necropsia a que se refiere el legista se efectuó el 31 de marzo de 1958 (fl. 4, cuaderno primero). Y que el envío de las vísceras tuvo lugar desde Pereira, al día siguiente, 1º de abril, a las cuatro y media de la tarde, según se desprende del recibo de Avianca, que obra al folio 7 del cuaderno principal, recibo en el cual no aparece la firma del remitente. De tales elementos de juicio surge indudablemente, como lo anota el Procurador, una contradicción entre los citados deponentes en cuanto al hecho de la entrega de las vísceras, "puesto que el primero habla de que las recibió de manos del segundo, al paso que éste asegura que a quien se las entregó fue a la religiosa Sor Luisa". "También se deduce —como igualmente lo anota el Procurador— que no fue cierta la remisión inmediata de las mismas vísceras, como que lo probado es que el envío se hizo por la Alcaldía y no por la Inspección al día siguiente de ser recibidas por el Secretario de esta última oficina, ignorándose en definitiva qué persona cierta y determinada consignó en la Avianca el frasco o paquete contentivo de tales entrañas.

Ya ha expresado la Sala que las apuntadas anomalías no se presentaron en relación con las circunstancias que rodearon el envío de las vísceras que fueron materia del segundo examen toxicológico. Por ello comparte el criterio del señor Agente del Ministerio Público en el sentido de que frente al contraste de las seguridades y precauciones que se tomaron en uno y otro caso, "indudablemente cobran mayor crédito las declaraciones rendidas por los señores Luis Eduardo Chinchilla y Alberto Hernández Hurtado (fls. 180 y 181, cuaderno 1º), las cuales inexplicablemente fueron menospreciadas en la sentencia, y en las cuales se apoya con razón el demandante".

7) En el informativo existen elementos de juicio que ciertamente suministran apoyo para sostener la hipótesis de que la señora Cecilia Holguín de Montoya fue víctima de un envenenamiento por cianuro, ya que su esposo, el procesado, adquirió la víspera de la muerte de aquélla alguna cantidad de dicha sustancia, cantidad que, según éste afirma en su indagatoria, fue adquirida con el propósito de niquelar una bicicleta, extremo este último sobre el cual no ahondó la investigación. Agrega el procesado que no obstante tal propósito, al observar que la cantidad de cianuro obtenido no era suficiente para el fin indicado, se la entregó al mayordomo de la finca de sus padres, pues allí se estaba necesitando para matar los perros que dañaban el adobe. El mayordomo, señor José Ospina, por su parte, afirma haber recibido de manos de Fabio Montoya el paquete contentivo del veneno pero que descuidadamente lo dejó en una repisa de la casa de la finca, lugar de donde se extravió.

El otro hecho comprometedor consiste en que al realizar el Laboratorio de Toxicología de Bogotá, con fecha 22 de mayo de 1958, el primer análisis de parte de las vísceras de la señora Holguín de Montoya, "se comprobó la presencia de cianuro alcalino en gran cantidad".

Pero acontece en este controvertido proceso que frente a los hechos acusadores en que el Tribunal se apoyó para proferir la sentencia condenatoria impugnada, se alza todo un acervo probatorio de innegable valor exculpativo que el ad quem no tuvo en cuenta y que, a su vez, permite fundar la hipótesis de una muerte repentina, ajena, por tanto, a la actividad criminosa que se le imputó al procesado. Tal ocurre, en síntesis, con la numerosa prueba testimonial de las personas que rodearon a la señora Holguín de Montoya en sus últimos momentos; con la historia clínica suscrita por el médico doctor Cardona León; con los síntomas que éste advirtiera en dicha señora durante sus últimos momentos; con el resultado de la necropsia, cuyos signos anatomo-patológicos permitieron a los médicos legistas concluír que aquélla había fallecido a causa de un "trastorno cardíaco, posiblemente infarto", confirmando así el criterio del médico de la paciente, y finalmente, el resultado negativo del segundo examen toxicológico tantas veces aludido. A todo lo cual debe agregarse el hecho demostrado del afecto recíproco que se profesaban los esposos Montoya-Holguín, el celo del marido por las enfermedades de la mujer y el no menos comprobado de la precaria salud de ésta desde mucho antes de su muerte.

8) Si el *corpus criminis* —como recordaba el eminente profesor Luis Rueda Concha—, es la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión) con una definición de la ley penal, es razonable y jurídico concluír de todo lo expuesto que en el caso sub júdice, de

tan excepcionales y peculiares características, no están demostrados a plenitud los elementos esenciales del homicidio por envenénamiento. En tales circunstancias, la Sala desatará el caso propuesto, teniendo presentes las normas contenidas en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal y ejercitando las atribuciones que le confiere el artículo 570, letra a), de la citada obra.

DECISION:

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de la Procaduría y acorde con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo acusado del Tribunal Superior de Manizales y, en su lugar, ABSUELVE al señor FABIO MONTOYA QUINTERO del delito de homicidio (uxoricidio) que se le imputó en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Causales 2ª y 1ª de casación. En los procesos tramitados de acuerdo con el Decreto 014 de 1955 es invocable la causal cuarta de casación. Conflicto jurídico entre el robo y el hurto. Criterios para distinguir una y otra infracción. Interpretaciones y evaluaciones en el seno de la Comisión Redactora del Código vigente con relación a este fenómeno jurídico. Fórmula que consagró el artículo 404 del Código Penal. Análisis de las distintas formas de comisión delictuosa a que aluden los ordinales del artículo 404 del Código Penal. Calificación de la doctrina y la jurisprudencia cuando el robo se hace mediante el empleo de "llaves falsas".

1. La causal segunda y en subsidio la primera por presuponer la prosperidad de aquélla, incide directamente sobre la prueba, de tal manera que cuando ella no ha sido negada, discutida, ni desvirtuada en el proceso, su vigencia resulta inoperante e improcedente en casación.

2. La realidad legal es que el Decreto extraordinario 0014, al no disponer nada respecto del recurso de casación y sí de revisión (art. 76), ha de entenderse lógicamente que no modificó el régimen normativo de aquel recurso, de donde resulta, como consecuencia irreversible, que las causales de casación previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, son procedentes en los procesos tramitados con arreglo al predicho Decreto. Luego es el caso de dar aplicación al artículo 568 de la misma obra, que prohibe tomar en cuenta causales no invocadas expresamente en la demanda.

3. El conflicto jurídico entre el robo y el hurto ha procurado a la ciencia penal muy distintas interpretaciones. Hasta el punto de que algunos Códigos, sin duda con buen acuerdo, han prescindido de la denominación del robo para dar al hurto especiales circunstancias de agravación cuando se comete el ilícito en condiciones en que la fuerza o efracción producida a las personas o a las cosas, el lugar, el modo y el tiempo de ejecución, demuestran una especial modalidad del delincuente que escapa a las normas generales para entrar en un ámbito en el cual su peligrosidad no puede ser factor olvidado ni desconocido por la ley.

El delito cobra especial relieve cuando, como en el caso del estatuto colombiano se diferencian en capítulos aparte las dos especies del género delitos contra la propiedad o el patrimonio, que parece ser la denominación más apropiada. Entonces, a las diferencias de criterio específico para distinguir una y otra infracción, se suma la forma como la ley lo reglamenta y distingue, no siempre técnica ni precisa, dando motivo por la ambigüedad que ello conduzca a diferentes criterios interpretativos y evaluaciones de la conducta del delincuente que no corresponden ni a la gravedad del ilícito ni a la peligrosidad que el sujeto exhibe y manifiesta con tal conducta delictiva.

4. Como cada uno de los numerales de los artículos citados en el texto del 403 se refieren a situaciones jurídicas concretas, es evidente que si el legislador apenas hubiere considerado como tales los allí determinados, no habría necesitado de un texto especial para crear un tipo de delincuencia mayor, con pena también más rigurosa, como en el caso del artículo 404, en sus distintas formas de comisión delictuosa.

Si se analiza detenidamente esta disposición, se advierte en forma inmediata que presenta situaciones jurídicas que dicen relación tanto a los individuos separadamente como a hechos personales extraños a aquéllos, que aumentan el

dolo y la peligrosidad en la ejecución del delito y otras a hechos puramente materiales que tienen esos mismos fines. Así el primer numeral hace referencia a una circunstancia que por ser de lugar puede depender tanto de un hecho personal del agente, como por haber escogido las horas de la noche para realizar el ilícito, como a una de orden material, el empleo de armas, esto es una circunstancia de modo. En cambio, el numeral 2º hace relación concretamente a una situación personal de los delincuentes, pues la organización en cuadrilla permanente implica un acto de voluntad individual destinado a un fin delictivo. Por su parte el numeral 3º constituye otros tantos hechos de orden material, ya que la efracción o rompimiento, el escalamiento y el empleo de llaves falsas o ganzúas bien claro indican que son medios o instrumentos escogidos por el criminal para llevar a cabo sus intentos delictivos, lo mismo que la circunstancia que señala el numeral 4º, de orden también material, pues con todas estas formas o sistemas de ejecución sí es cierto que los resguardos con los que la víctima cuenta para proteger su propiedad y aun su persona son ineficaces por la acción del agente, que no escatima emplear cualesquiera de ellos, por más peligros o depravados que se le supongan, para lograr su objetivo de atentar contra el patrimonio ajeno.

Por tanto, puede decirse como conclusión que en esta materia casi que resulta un aforismo decir que el uso de llave o instrumento que sirva para abrir las cerraduras por la persona que no tiene derecho a ello es lo que determina el agravante de llave falsa conforme al numeral 3º del artículo 404 del Código Penal.

Y que ello es así, lo dice la misma doctrina y jurisprudencia en sentencias de 13 de septiembre de 1944, LVII, págs. 666 y de 25 de noviembre de 1955, Tomo LXXXI, págs. 836 y siguientes de la G. J.

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

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

El doctor Jorge Uribe Truque, en su calidad de Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bogotá, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 19 de octubre de 1960, mediante la cual dicha Corporación condenó al procesado Eduardo Lema Camacho a la pena principal de 18 meses de presidio e incorporales anexas, como responsable del delito de hurto, reformando así la proferida por el Juzgado Noveno Superior del mismo Distrito, que con fecha 27 de julio de igual año, lo había condenado a 15 meses de idéntica pena.

Cumplidos los trámites propios del recurso, procede la Corte a su estudio, ya que la demanda de casación presentada oportunamente para el efecto, está de acuerdo con las exigencias legales.

HECHOS:

Da cuenta el Tribunal Superior de Bogotá, como hechos originarios de la acción penal, los siguientes:

"Félix Castillo Moncada, había dado en arrendamiento al denunciante José María Ramírez, un garaje situado en la calle 4ª, número 10-83 de la ciudad de Zipaquirá. Solía guardar allí Ramírez una camioneta de su propiedad, distinguida con las placas número E-24863, marca Chevrolet. Como de costumbre guardó su vehículo en la noche del veintiuno de febrero pasado (1960), y al ir a sacarlo el veintisiete notó con sorpresa que había desaparecido. El sujeto Eduardo Lema Camacho en unión del menor Edgar Montenegro Vásquez, se sustrajo el automotor mencionado, valiéndose para ello de un duplicado de la llave de la puerta del garaje que había mandado a hacer anteriormente; debido a que conducía esporádicamente la camioneta, y, de una llave del 'swiche' que conservaba en su poder. El automotor fue recuperado en Chicoral (Tolima), pues hasta allí fue llevado y de donde desapareció Lema Camacho, para ser posteriormente capturado".

DEMANDA:

Invoca el recurrente como causales de casación, las contenidas en los numerales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto a la causal segunda de casación, el impugnador sostiene lo que sigue:

"...El error del honorable Tribunal en la sentencia respecto a la apreciación de los hechos constitutivos del cuerpo del delito consiste en considerar que, para que el hecho de emplear llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar sea tenido como elemento constitutivo de Robo se requiere como elemento sine qua non, el atentado contra la propiedad

en el cual se empleen tales elementos debe ser llevado a cabo en un lugar habitado o en una de sus dependencias inmediatas, puesto que si falta este requisito, no puede ser tenido el empleo de llaves sustraídas o falsas como elemento constitutivo de Robo".

Luego de una serie de consideraciones, el señor Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bogotá, llega a la conclusión de que "lo anterior demuestra claramente que cuando se empleen en la perpetración del delito llaves sustraídas o falsas, esta circunstancia le da al ilícito la categoría de robo y como tal debe ser sancionado, aunque su perpetración no se haya efectuado en un lugar habitado o en sus inmediatas dependencias". En tal virtud considera el recurrente que al sindicado ha debido juzgársele por el delito de robo contemplado en el artículo 404, numeral 3º y no por el de hurto consagrado en el artículo 397 del Código Penal, respectivamente.

"En el caso de autos —agrega—, el acusado, según está plenamente comprobado, para apoderarse del vehículo del señor Ramírez, empleó, según su propia confesión, un duplicado de la llave del switch del encendido que le había dado en anterior ocasión su propietario y un duplicado de la llave del garaje que había mandado fabricar, luego cometió un delito de robo y no de hurto y por lo tanto debe ser sancionado de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes que en el caso y para efectos de la pena principal son el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 y el artículo 404 del Código Penal".

Al parecer, el recurrente invoca la causal 1ª como subsidiaria de la 2ª para el caso de que ésta prospere, y al respecto hace las siguientes consideraciones en orden a sustentar sus tesis:

"La sentencia acusada es violatoria de la ley penal por errónea interpretación de ésta y como consecuencia por haberse aplicado indebidamente el artículo 397 y 399 del Código Penal en armonía con el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, cuando ha debido aplicarse para efecto de la pena principal el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 que reemplazó al 402 del Código Penal y el 404 de esta misma obra.

"Esta causal es consecuencia de la anterior por cuanto que el Tribunal en su sentencia acusada y en relación con el hecho punible ejecutado por Eduardo Lema Camacho interpretó erróneamente la disposición contenida en el ordinal 3º del artículo 404 al considerar que para que pueda cometerse el delito de Robo mediante el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro elemento similar, es necesario que el atentado contra la propiedad se ejecute en un lugar habitado o en una de sus inmediatas dependencias, lo que no ocurrió en el que perpetró Eduardo Lema Camacho ya que éste se llevó a cabo en un garaje aislado que no estaba habitado ni era dependencia inmediata de una habitación".

Luego de exponer otras razones, el impugnador solicita "se case la sentencia acusada y en su lugar se condene al acusado como responsable del delito de Robo a la pena señalada por el artículo 404 del Código Penal en armonía con el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951 y a las accesorias correspondientes".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Hecho por la Corte el traslado legal de rigor al señor Agente del Ministerio Público, para que rindiera su concepto sobre el caso, éste se abstuvo de ampliar la demanda formulada por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bogotá, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto extraordinario número 1154 de 1954.

CONSIDERA LA CORTE:

La decisión que aquí correspondería, de conformidad con la demanda no sería otra que la declaratoria de nulidad con base en el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por error en la denominación jurídica del delito. Infortunadamente, el recurso tal como fue propuesto no invoca la causal 4ª de casación, única que permitiría desatar la solución del caso con aquel fundamento.

En efecto, la causal segunda, y en subsidio la primera (que también invoca el recurrente), por presuponer la prosperidad de aquélla, incide directamente sobre la prueba, de tal manera que cuando ella no ha sido negada, discutida, ni desvirtuada en el proceso, su vigencia resulta inoperante e improcedente en casación. Aquí no niega el recurrente que exista la plena prueba de la responsabilidad, ni que fue indebidamente interpretada, ni menos que se le diera el valor que no tiene, sino que los hechos configuraron un delito distinto de aquel por el cual fue juzgado y condenado el reo.

De modo y manera que no se planteó conflicto alguno en cuanto a los elementos de juicio que sirvieron a las conclusiones del Tribunal para sentenciar condenatoriamente a Eduardo Lema Camacho.

Podría discutirse si por estar tramitado el juicio con el procedimiento excepcional del Decreto Ley 0014 de 1955, la causal cuarta de casación no tiene vigencia en el caso, y que, en consecuencia, las nulidades legales y constitucionales en que puede incurrirse en el procedimiento ordinario no juegan papel alguno y no es pertinente invocarlas en el recurso extraordinario de casación.

Pero si se toma en consideración que el citado Decreto 0014 de 1955 nada dispuso respecto de la improcedencia de los eventos de nulidad aludidos, cosa que sí hizo, en cambio, el Decreto 0012 de 1959, que las limitó a la incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería en el querellante, debe aceptarse que en los procesos tramitados de acuerdo con las normas del primer estatuto citado puede incurrirse en nulidad y, consecuentemente, es invocable la causal cuarta de casación, sin embargo de que ambos estatutos buscan aligerar el procedimiento, mediante un juicio sumario.

La realidad legal es que el Decreto extraordinario 0014, al no disponer nada respecto del recurso de casación y sí de revisión (art. 76) ha de entenderse lógicamente que no modificó el régimen normativo de aquel recurso, de donde resulta, como consecuencia irreversible, que las causales de casación previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, son procedentes en los procesos tramitados con arreglo al predicho Decreto. Luego es el caso de dar aplicación al artículo 568 de la misma obra, que prohibe tomar en cuenta causales no invocadas expresamente en la demanda.

Si fuese de otra suerte, se tendría que llegar a la conclusión de que aceptando la indebida aplicación y errada interpretación de la ley penal, aunque esta fue impuesta en la sentencia en forma debida y sin incurrir en error, ya que se aplicó la que corresponde al delito porque fue juzgado el reo a través de las instancias, esto es por hurto, prosperaría la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que fue alegada en forma subsidiaria como corresponde a la técnica del recurso y que por no prosperar la segunda, mal podría conducir a un juzgamiento por delito distinto del imputado y del cual únicamente tuvo medios defensivos el procesado. No habiéndose, en consecuencia, aplicado una disposición penal por otra, sino más bien confundido un delito con otro, como es el caso que plantea la demanda, ni la causal primera ni la segunda pueden tener viabilidad jurídica tal como fueron propuestas en la misma.

Siendo ello así, como lo es, la invocación de causales improcedentes, tiene que conducir por ministerio de la ley a desechar las invocadas, sin que ello derive a que la Corte se permita hacer algunas consideraciones en relación con el problema, tomando en cuenta los motivos en que se inspira la demanda.

El conflicto jurídico entre el robo y el hurto ha procurado a la ciencia penal muy distintas interpretaciones. Hasta el punto de que algunos códigos, sin duda con buen acuerdo, han prescindido de la denominación del robo para dar al hurto especiales circunstancias de agravación cuando se comete el ilícito en condiciones en que la fuerza o efracción producida a las cosas o a las personas, el lugar, el modo y el tiempo de ejecución, demuestren una especial modalidad del delincuente que escapa a las normas generales para entrar en un ámbito en el cual su peligrosidad no puede ser factor olvidado ni desconocido por la ley.

El conflicto cobra especial relieve cuando, como en el caso del estatuto colombiano, se diferencian en capítulos apartes las dos especies del género delitos contra la propiedad o el patrimonio, que parece ser la denominación más apropiada. Entonces, a las diferencias de criterio específico para distinguir una y otra infracción, se suma la forma como la ley los reglamenta y distingue, no siempre técnica ni precisa, dando motivo por la ambigüedad que ello conduzca a diferentes criterios interpretativos y evaluaciones de la conducta del delincuente, que no corresponden ni a la gravedad del ilícito ni a la peligrosidad que el sujeto exhibe y manifiesta con tal conducta delictiva.

No fue ajena la Comisión Redactora del Código vigente a estos aspectos jurídicos del problema y por eso las Actas sirven de criterio histórico para ver cómo la ley penal colombiana situó la dificultad y la sorteó, a fin de señalar una interpretación que en realidad se acomode al espíritu de la legislación en vigencia y se ciña a sus mandatos sin desviarlos de su verdadera significación jurídica.

El primero en presentar un pensamiento discorde con el proyecto inicial fue el comisionado doctor Rafael Escallón, quien al proponorse la discusión del título referente a los delitos contra la propiedad fue de parecer, "que en su concepto no hay ninguna razón para dividir este título en tal forma que aparezcan en capítulos separados el hurto y el robo, porque estas dos

figuras en el fondo no son sino un solo delito contra la propiedad: el primero implica la apropiación mediante la sustracción, y el segundo signfiica la misma apropiación, pero mediante violencia.

Para el comisionado doctor Parmenio Cárdenas "las figuras del hurto y del robo son distintas y revelan en sus autores diferentes grados de peligrosidad, siendo ella mucho más grave en el robo que en el hurto".

El otro miembro de la Comisión, el doctor Carlos Lozano y Lozano, "en esta cuestión no hay inconveniente —expresó— en conservar la vieja calificación, aunque es verdad que la diferencia no tiene un fundamento técnico firme; pero la división obedece a una tradición sobre este punto muy respetable, y el proyecto de refundir los dos delitos en un solo capítulo carecería de finalidad"

Se ve, pues, de lo dicho, que prevaleció este último criterio y fue así como se hizo la diferenciación en dos capítulos separados de ambas figuras. Por ello al concretarse en la legislación este sistema se adoptó también el que manifestara el doctor Lozano y Lozano, en el sentido de considerar que "para el robo deben señalarse circunstancias específicas distintas de las generales y de las adoptadas para el hurto, porque no basta la violencia sobre los objetos para especificar cierta clase de robos en que la violencia no tiene lugar sobre las cosas mismas, sino sobre los elementos que resguardan exteriormente la propiedad, pues es claro que no es lo mismo llegar de visita a una casa y allí romper un baúl para robar, que entrar a esa misma casa rompiendo las puertas y perforando las paredes o los techos".

Al anterior criterio fue opuesto el doctor Cárdenas, quien manifestó "que esas son circunstancias generales típicas del robo, que no hay necesidad de que se consideren aparte en forma especialísima". Como ya dijo al hablar del hurto —agrega— "no es partidario de las agravantes específicas por temor de que queden algunas sin contemplar; bastan las agravantes generales, y si se adopta el sistema de prever las agravantes específicas, es necesario contemplar una muy grave, cual es la de amordazar a las personas para robarlas".

En este punto de la discusión fue presentada por el doctor Lozano la fórmula que consagró el artículo 404 del Código Penal vigente, uno de cuyos numerales, el 3º precisamente, es el que en el caso tiene importancia, por ser de él de donde se han derivado las distintas interpretaciones del caso *sub júdice*.

Tal numeral reza textualmente: artículo 404. "La pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

. . . . . .

"3º Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muro; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar".

La sentencia del Tribunal, con el salvamento de voto de uno de los Magistrados que forman la Sala de Decisión respectiva, el doctor Gustavo Bazzani, que como es obvio mantuvo un criterio diferente en la apreciación jurídica del hecho, dio a éste la calificación de hurto. Dice en efecto: "Se trata de un delito de hurto y no de uno de robo en la modalidad de calificado, no obstante haberse valido su autor principal de un duplicado de la llave del garaje y de la llave del carro que conservaba en su poder, debido a que había estado manejando ese carro".

"No podría hablarse con propiedad jurídica —agrega— y con arreglo a la realidad procesal, de un robo calificado de que se ocupa el artículo 404 del Código Penal, por la muy elemental razón de que el atentado contra la propiedad ajena se llevó a cabo en un garaje y no en un lugar habitado o en una de sus inmediatas dependencias. Las circunstancias modificadoras de la responsabilidad enumeradas en el artículo 404, en su numeral 3º, presuponen como *conditio sine qua non* que el ataque se haya efectuado en un lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, siendo sobre el particular clara y reiterada la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia inspirándose para ello en las sabias y eternas enseñanzas del insigne maestro Carrara. Se quiere proteger, junto con la propiedad, el domicilio, o la habitación y de allí el rigor de la sanción; puesto que se atenta contra los dos derechos legalmente protegidos".

Por su parte el Magistrado disidente, expresó su criterio de la siguiente manera:

"De la redacción de este numeral —se refiere al numeral 3º del artículo 404 del Código Penal— aparece con toda claridad que estructura tres especies o figuras, diferentes entre sí, de robo; a) El que para cometerlo perfora, fractura pared, techo, pavimento, puerta o ventana de lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; b) El que para sustraer bienes ajenos escala muros; y c) El que, como medio para robar, usa llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar.

"Solamente la primera figura requiere para su estructuración que su consumación sea en lugar habitado o en sus inmediatas dependencias. Las dos restantes no. Basta que en ellas se escalen muros, o que se haga uso ilegítimo de llaves, o que éstas sean falsas, o que se empleen ganzúas. Condicionar estas dos últimas formas al 'lugar habitado o sus dependencias inmediatas', es entender la disposición de manera distinta a cuanto el legislador quiso decir.

"La gramática castellana enseña que la conjunción disyuntiva 'es aquella que expresa *alternativa, diferencia* o *separación* entre dos cosas'. 'La que, como *o* denota *separación, diferencia* o *alternativa* entre dos o más personas, cosas o ideas'. Es la 'parte invariable de la oración, que denota la relación que existe entre dos oraciones, o entre miembros o vocablos de una de ellas, juntándolas o enlazándolas siempre gramaticalmente, aunque a veces signifique contrariedad o separación de sentido entre unos y otros'.

"De manera que, estando separada la oración con la conjunción disyuntiva *O,* cuando dice: 'o con las llaves...', resulta clara la diferencia o separación que la norma quiso establecer respecto de la anterior previsión. *O* se separa techo en lugar habitado, *O* se escalan muros, *O* se emplean llaves sustraídas o falsas. De cualquiera de estas tres maneras se comete robo.

"Y la ortología, en cuanto se relaciona con el hablar correcto, refiriéndose a la puntuación enseña: 'Entendemos por proposiciones semejantes las que contribuyen de una misma manera al fin que su autor se ha propuesto al reunirlas... Estas —en las proposiciones que puedan ir separadas por punto y coma— deben ser *independientes,* de suerte que, suprimida una, nada han de perder ni de ganar las otras en cuanto a fuerza, en cuánto a sentido ni en cuanto a circunstancia alguna'.

"Es así que las tres proposiciones en que se ha descompuesto atrás el artículo van separadas por punto y coma, luego ellas son independientes entre sí, y faltando una no se altera el sentido de las dos restantes. Así, si se suprime la proposición relativa a los lugares habitados, la disposición conservaría su sentido, toda vez que quedaría así:

"La pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos: ... 3º) con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar".

"El sentido no se cambió, y así resulta de claridad meridiana la demostración. Si la norma legal hubiera querido exigir que en todos los tres casos existiera la condición de que el atentado se cumpliera en lugar habitado, lo hubiera dicho, bien al comienzo o al final de la oración gramatical. Pero como no lo dijo, el Juez no está autorizado para contrariar al legislador, y de paso a la gramática castellana.

"Si en el proceso está demostrado que la sustracción del vehículo se hizo mediante el empleo de llaves falsas, como las del garaje; y de llaves sustraídas, como las de la camioneta; no hay duda que cometió su autor el delito de robo y no el de hurto".

Como puede observarse de los términos del salvamento, se desprende que la interpretación gramatical no es tampoco ajena al problema que plantea el caso. En efecto, los ordinales que constituyen el artículo 404 del Código Penal son otros tantos cuerpos de la misma disposición legal que forman, por otra parte, relaciones jurídicas distintas, como que están destinados a reglar diferentes manifestaciones de delincuencia, como diversos métodos y sistemas y en condiciones también diversas de tiempo, modo y lugar. Por ello, no puede confundírseles ni hacer de esos cuerpos autónomos y determinados uno solo para los fines de la punición, porque eso sería desvertebrar el sistema legislativo y quitarle una prerrogativa a la ley, que quiere su autonomía e independencia porque con ello busca comprender formas distintas de la ejecución delictiva, que no sería posible dentro de la gran variedad que ésta asume en muchos casos, por sus maneras proteicas de su realización. Así lo advirtió un miembro de la Comisión Redactora y al lograrse la unanimidad por la fórmula del artículo 404, se puso en claro que tal propósito fue cumplido, ya que el texto satisfacía los distintos criterios allí surgidos.

Es cierto que el numeral 3º está redactado en forma gramatical que confunde en un solo cuerpo distintas modalidades en la consumación del delito. Pero es también cierto que esas modalidades entrañan distintos procederes del delincuente que la ley contempla de manera que conduzcan a procurar una diferente orientación del criterio para acomodarlo a esas distintas manifestaciones, que no vienen a ser otra cosa que formas agravantes del dolo y de la peligrosidad para los fines de señalar la punición en cada caso.

Habría sido tal vez más indicado separar los cuerpos del artículo por medio de numerales, como se hizo en el hurto (art. 398), para que de esa suerte no se presentaran motivos de controversia en la interpretación de los textos legales. Mas es lo cierto que no siempre el legislador

adopta idéntico sistema y ya emplea el uno como hace uso del otro. Así, el ejemplo típico de ello lo puede suministrar el numeral 2º del artículo 25 del estatuto. Hasta ahora nadie ha desconocido la existencia de dos cuerpos en tal disposición, constituído uno por la primera parte que dice: "Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral (es decir en los justificantes que excluyen la responsabilidad) el que durante la noche rechaza al que escala, fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor". Y la segunda parte, por la que declara idéntica presunción en el caso del que "encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y el extraño oponga resistencia". La disyuntiva *o* y el empleo del signo ortográfico punto y coma es el que sirve para descomponer el texto en dos partes, que gobiernan situaciones jurídicas diferentes, como muy claramente se desprende del contenido de ambas cláusulas. Tal vez podría decirse lo mismo del artículo 168 del Código Penal, relativo al prevaricato, que contiene dos posibles y distintas ocurrencias, según se lea el texto con la separación que corresponde a la disyuntiva *o* y al punto y coma que la precede. Y así podrían citarse ejemplos análogos, que demostrarían la verdad del aserto, v. gr. el artículo 349, referente al rapto, pues el motivo determinante varía entre el propósito de satisfacer algún deseo eróticosexual o el de casarse con la mujer raptada, y es manifiesto que aunque esto último implícitamente conlleve a lo primero, los dos eventos son distintos y los signos ortográficos y la disyuntiva así lo pregonan. Los mismos signos y las distintas proposiciones, separadas también por la disyuntiva *o*, destacan las diversas modalidades que asume para la ley penal el delito de colusión, conforme al texto del artículo 196.

Los casos que se han mencionado, son, como es obvio, por vía de ejemplo, sin pretender considerar que son únicos y que no existan en el Código numerosas circunstancias análogas, en los cuales juega preponderante papel en la interpretación de los textos legales el análisis gramatical y ortográfico de los mismos. Simplemente ellos ofrecen puntos de referencia con el problema toda vez que es la forma ortográfica empleada por el legislador la que da contenido jurídico a distintas circunstancias en tales normas establecidas; y como ese es el caso del problema en estudio es apenas natural que se tengan en consideración para buscar conclusiones que reflejen evidentemente el punto contencioso que se dilucida.

Pero aun sin necesidad de ellos es claro que se comprenden distintas ocurrencias cuando se refieren a circunstancias también distintas, porque no es lo mismo lo que comprende la primera parte del numeral 3º del artículo 404, del que dice relación al escalamiento de muros y que éste es diverso del empleo de llaves falsas por persona distinta al propietario. Para hacerles decir cosas diferentes a estas formas de actividad delictuosa, necesariamente la ley debía incluír la cláusula del lugar habitado o sus dependencias inmediatas al final del texto y no en uno solo de sus términos. Tal vez así se interpretara con más justeza el criterio del Tribunal. Como está redactado el texto ello no es posible porque sería incluír una oración aditiva expresada en la primera parte del numeral como abarcando las restantes, lo que en lógica y en técnica legislativa no es posible admitir. No se hizo así y lo pertinente es considerar el fondo del problema para resolverlo y es notorio que el que surge de las consideraciones anteriores es el que mejor encuadra la cuestión y el que goza de mejor comprensión jurídica y legal.

Pero existe todavía un argumento adicional, que surge del artículo 403, según el cual los agravantes y atenuantes referentes al hurto en los artículos 398 y 399 (no se menciona el 400, que también se cita, porque fue suprimido por el Decreto-Ley Nº 2184 de 1951), lo serán también respecto del robo, disminuyéndose o atenuándose la penalidad en las proporciones allí indicadas.

Como cada uno de los numerales de los artículos citados en el texto del 403 se refieren a situaciones jurídicas concretas, es evidente que si el legislador apenas hubiere considerado como tales los allí determinados, no habría necesitado de un texto especial para crear un tipo de delincuencia mayor, con pena también más rigurosa, como es el caso del artículo 404, en sus distintas formas de comisión delictuosa.

Si se analiza detenidamente esta disposición, se advierte en forma inmediata que presenta situaciones jurídicas que dicen relación tanto a los individuos separadamente como a hechos personales extraños a aquéllos, que aumentan el dolo y la peligrosidad en la ejecución del delito y otras a hechos puramente materiales, que tienen esos mismos fines. Así, el primer numeral hace referencia a una circunstancia que por ser de lugar puede depender tanto de un hecho personal del agente, como haber escogido las horas de la noche para realizar el ilícito, como a una de orden material, el empleo de armas, esto es

una circunstancia de modo. En cambio, el numeral 2º hace relación concretamente a una situación personal de los delincuentes, pues la organización en cuadrilla permanente implica un acto de voluntad individual destinado a un fin delictivo. Por su parte el numeral 3º constituye otros tantos hechos de orden material, ya que la efracción o rompimiento, el escalamiento y el empleo de llaves falsas o ganzúas bien claro indican que son medios o instrumentos escogidos por el criminal para llevar a cabo sus intentos delictivos, lo mismo que la circunstancia que señala el numeral 4º, de orden también material, pues con todas estas formas o sistemas de ejeción sí es cierto que los resguardos con los que la víctima cuenta para proteger su propiedad y aun su persona son ineficaces por la acción del agente, que no escatima emplear cualesquiera de ellos, por más peligrosos o depravados que se les suponga, para lograr su objetivo de atentar contra el patrimonio ajeno.

Por tanto, puede decirse como conclusión que en esta materia casi que resulta un aforismo decir que el uso de llave o instrumento que sirva para abrir la cerradura por la persona que no tiene derecho a ello es lo que determina el agravante de llave falsa conforme al numeral 3º del artículo 404 del Código Penal.

Y que ello es así, lo dice la misma doctrina y jurisprudencia que en este caso sirve como colofón admirable para situarlo en su verdadera realidad jurídica y legal, que es lo que se ha pretendido con la finalidad de decidir al menos por concepto de autoridad, como lo quiere el recurrente, el conflicto surgido alrededor de este proceso, que, como se dijo al principio, su solución final no puede ser otra que la de desechar el recurso por no haber sido invocada la causal procedente, pero que en lo tocante al aspecto doctrinal, en cuanto a la cuestión discutida y discutible, se ha procurado dilucidar con el detenimiento que corresponde al punto litigioso, tal como se ha dejado expuesto.

Tales doctrinas serían, la que cita el salvamento de voto, que es como sigue:

"Tanto la doctrina como la legislación nuestra califican de robo la utilización de llaves falsas o de la verdadera cuando ha sido sustraída. Comete robo, o hurto agravado o calificado, según el sistema que adopte cada código, la persona que usa la llave legítima sin el consentimiento del dueño, bien porque a éste se le haya sustraído o porque se haya obtenido de cualquier modo ilícito o porque se haya retenido... Y así, por ejemplo, si el dueño de un *establecimiento* pierde sus llaves y manda hacer otras..." (Sentencia de 13 de septiembre de 1944, LVII, 666). Y otra de más reciente data:

"Por 'llaves falsas' entienden los penalistas que son todas aquellas que no se hayan destinado por el dueño para abrir las cerraduras violentadas por el culpable, y aun han declarado que el empleo de la llave verdadera, en condiciones abusivas, constituye uso de llaves falsas. Sin ir más lejos, así lo considera el Código Penal Colombiano cuando dice: '...Si se comete (el robo) con llaves sustraídas o falsas...'

"De modo que si la llave legítima, la propia, se reputa falsa y agrava el delito cuando es usada por persona extraña al genuino poseedor o a quien se le sustrajo, con mayor razón debe considerarse 'falsa' cuando se utilizó la auténtica para fabricar un duplicado. Que cómo llegó a poder del infractor el original, es cosa que, aun en el supuesto de no haber sido averiguado no le destruye al hecho su carácter delictuoso, porque ese delito hace parte de los motivos de incriminación solamente". (G. J. Tomo LXXXI, casación de Luis Enrique Galvis Ordóñez, pág. 836 y ss., 25 de noviembre de 1955).

DECISION DE LA CORTE:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO por el señor Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia de la misma Corporación, de fecha 19 de octubre de 1960, que fue condenatoria del procesado Eduardo Lema Camacho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo (con salvamento de voto). *Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria* (con salvamento de voto), *Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.*

Pioquinto León L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No compartimos la decisión tomada en este negocio por la mayoría de la Sala de Casación Penal, lo que nos obliga a formular el correspondiente salvamento de voto, consignando, con todo respeto, las razones de orden jurídico que apoyan la posición disidente que adoptamos:

1ª Eduardo Lema Camacho aparece condenado en este proceso como responsable de un delito de hurto, según sentencias emanadas del Juzgado Noveno Superior de Bogotá y Tribunal Superior del mismo Distrito, a la pena principal de 18 meses de presidio y accesorias pertinentes. (Fallos de 27 de julio y 19 de octubre de 1960).

2ª Contra la resolución del *ad quem* interpuso el señor Fiscal 4º del Tribunal el recurso extraordinario de casación, fundamentando la demanda en las causales 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por entender que el cargo resultante al acusado es el de robo calificado (artículo 404 del Código Penal), y, en consecuencia, haber incurrido la sentencia en una errada apreciación de los hechos y en equivocada aplicación de la ley.

3ª La mayoría de la Sala optó por desechar el recurso porque, en su concepto, sólo a través de la causal 4ª podría prosperar, lo que equivale a decir que el error en la denominación jurídica del delito, producido en las sentencias que se dicten con aplicación del Decreto legislativo 0014 de 1955, sólo pueden entrañar la causal de nulidad, pero nunca los errores de hecho o de derecho, a que aluden las causales 2ª y 1ª de casación.

4ª En el procedimiento establecido en el Decreto 0014, cuando se trata de juzgar delitos comunes contra la propiedad, la calificación del cargo por juez competente se hace en la sentencia y en esta misma providencia se define la responsabilidad penal. La denominación que al hecho le haya dado un funcionario de instrucción al dictar el auto de detención preventiva no liga ni obliga al juez del conocimiento.

Quiere esto significar, frente a la técnica del recurso de casación, que si por errada apreciación de los hechos la condenación recae sobre infracción distinta a la realmente cometida, el recurso de casación hay que asentarlo en las causales 2ª y 1ª, como en el caso de autos lo hizo el recurrente.

5ª La causal 4ª de casación no tiene atinencia en casos como el debatido, que sólo podría prosperar por incompetencia de jurisdicción, o por existir en el trámite una nulidad supralegal, derivada del artículo 26 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, la demanda debió estudiarse de fondo en la forma propuesta por el señor Fiscal 4º del Tribunal, y examinarse por la Sala la verdadera naturaleza del hecho imputado, no como una cuestión académica sino para los resultados propios del recurso.

Primitivo Vergara Crespo, Gustavo Rendón Gaviria.

Fecha ut supra.

ROBO

Robo calificado. Protección legal del lugar habitado o sus dependencias. Calificante del robo cuando median circunstancias agravantes como las señaladas en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal. El ladrón que ataca la propiedad ajena por los medios que configuran el robo, acusa una peligrosidad tal que sobrepasa la propia del hurto para entrar en el ámbito de lo excesivo y dañoso.

1. El Código tutela el lugar habitado o sus dependencias inmediatas, dando denominación de robo calificado al que realiza un delito contra la propiedad en tales circunstancias. Ello se explica por la índole misma del motivo que causa agravio al patrimonio ajeno, así se tome éste en un sentido meramente económico sino también atendiendo al ámbito de la seguridad personal de la víctima del reato. Porque no es exagerado pensar que cuando se realizan determinados sistemas de ataque al patrimonio ajeno, ellos incidan también contra las personas, aunque ello suceda en forma indirecta, por el peligro que representa contra ellas tal atentado. El ladrón sorprendido es capaz de todo y si la sorpresa se produce en donde el hombre posiblemente puede tener su habitación, cobra inusitada importancia jurídica el concepto, para desembocar en la tutela de un peligro que la ley penal debe considerar como circunstancia agravante de la responsabilidad, porque a mayor peligro debe corresponder mayor acción de reproche a la conducta delictuosa. De otra suerte, se tendría en cuenta solo un término de la ecuación, el ente jurídico del delito, descuidando o desconociendo la peligrosidad, que es en el Código Penal vigente, junto con aquel primer concepto binomio necesario para la sensibilidad penal.

2. Ciertas discordancias individuales no conllevan a desconocer una doctrina general que orienta las decisiones de la justicia, cuando se ofrece la necesidad de dar contenido jurídico a una forma de expresión usada en el Código. Puede haber autor que niegue relevancia penal calificante de robo a un determinado supuesto; pero de que ello ocurra no se desprende la inexistencia de una doctrina general que unifica la mayoría de las opiniones, las que concuerdan todas en señalar ciertos presupuestos para que se dé categoría agravante a una determinada circunstancia, y en tal evento la jurisprudencia que trata de orientar la interpretación de un Código determinado, puede servirse de aquellos criterios de autoridad que guarden más consonancia con el espíritu que informa la legislación que se trata de interpretar. De aquí que si el estatuto, como ocurre con el Código Penal Colombiano, atiende al resguardo de las personas para su seguridad propia y la de sus bienes y a la peligrosidad del delincuente, resulta adecuado valorar la calificante del robo cuando el ladrón vulnera derechos protegidos o tutelados de manera que dé a las circunstancias agravantes un contenido jurídico específico, porque crea una norma que conviene al rigor penal que dio la ley a la ejecución de ilícitos en donde mediaran esas circunstancias, como acontece con el numeral 3º del artículo 404 del Código C.

3. Es doctrina aceptada en la legislación universal que, el ladrón que ataca la propiedad ajena por los medios que configuran el robo, ya sean personales o materiales o que correspondan al concepto objetivo o subjetivo de la manera de encarar el problema, en cada caso y en cada legislación "acusa una peligrosidad tal que sobrepasa la propia del hurto para entrar en el ámbito de lo excesivo y dañoso, por el mayor agravio que el hecho produce y la mayor inseguridad que crea, desde luego que el delito despierta mayor grado de alarma social y más

destaca inseguridad pública. La voluntad delictuosa del agente se perfila como más protuberante, pues ninguna seguridad externa de las cosas se respeta, sino que por el contrario se quebranta por el empleo de la violencia, avanzando el peligro hasta crear un grave riesgo a la misma inseguridad de las personas, ya que es bien sabido que el ladrón no se detiene ante nada ni ante nadie, y cuando se ve sorprendido es capaz de atacar para cubrir la retirada, asegurar el producto de su rapiña y obtener a cualquier precio la impunidad.

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

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Jorge Enrique Pedraza Pedroza, contra la sentencia de 18 de noviembre de 1960, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al procesado a la pena principal de seis años y medio de presidio e incorporales anexas, como responsable del delito de robo. Tal sentencia fue reformatoria de la proferida por el Juzgado Séptimo Superior del mismo Distrito de fecha 24 de agosto del citado año, que le había impuesto la pena de treinta y seis meses de prisión.

En la oportunidad debida, fue presentada la respectiva demanda de casación hecha conforme a las exigencias legales del recurso, y de la cual la Sala entra a ocuparse.

HECHOS:

En las horas de la noche del 9 al 10 de noviembre de 1956, el sindicado Pedraza Pedroza, en compañía de los sujetos Hernando Valencia y José Rozo, a quienes no se ha logrado capturar, penetraron, luego de romper una reja y el vidrio de una ventana, a la edificación número 55-31 de la Avenida Caracas de la ciudad de Bogotá, donde funcionan las "Escuelas Colombianas de Alto Comercio y Finanzas" (Escolombias), de donde sustrajeron una docena de máquinas de escribir, pertenecientes por mitad a la institución educativa y a las alumnas de ella. Utilizaron para su transporte un automóvil de servicio público, cuyo conductor no pudo ser identificado. En la segunda planta de la edificación dormían varias profesoras y alumnas del plantel, quienes nada advirtieron esa noche sobre la consumación del ilícito. El señor Aldo Delgado, copropietario de "Escolombias", formuló el denuncio correspondiente. Tal es la versión más sintética que se desprende de los autos.

DEMANDA:

El recurrente impugna la sentencia del Tribunal con base en las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar el primer cargo contra el fallo aludido, invocando la causal segunda de casación, el demandante argumenta así:

"El Tribunal fue conducido a violar la ley penal por errada apreciación de los hechos, pues a la perforación o fractura del vidrio de las ventanas se le atribuyó en la sentencia el valor probatorio que no tiene, o sea el de haber considerado el honorable Tribunal que la ventana, cuyo vidrio fue roto por los asaltantes, forma parte de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas".

Afirma el recurrente que el salón a donde penetraron los asaltantes era un lugar destinado únicamente a la enseñanza de mecanografía, como se desprende del denuncio formulado por el señor Delgado, y que por tanto "no está destinado a habitación". De tal aserto concluye que "como la casa es de dos pisos, estando el primer piso ocupado por el *establecimiento educativo,* y el segundo por habitaciones. Pero este segundo piso, destinado a habitaciones no se puede considerar que es dependencia inmediata del primer piso, destinado a centro educativo, pues aunque *ambos pisos* forman parte de una misma edificación, sin embargo cada uno de ellos es *independiente y autónomo*".

Considera el libelo que el Tribunal apreció erradamente los hechos, al sostener que "la efracción del vidrio de la ventana y el doblez de la reja que la protegía se debieron a Jorge Enrique Pedraza Pedroza, como autor de tales hechos", lo cual en sentir del recurrente solo tiene asidero en la circunstancia de haberse hallado en fragmentos de vidrio, huellas de los dedos indice derecho e izquierdo del sindicado Pedraza. Alega que tal indicio no tiene valor probatorio en el fallo ya "que dentro de la investigación no se comprobó que el vidrio o los fragmentos de vi-

drio donde se hallaron las huellas de los dedos índice derecho e izquierdo de Pedraza Pedroza formaran parte de la ventana aludida". Afirma igualmente que no pudo probarse que fue el acusado quien dobló la reja y rompió los vidrios, pues el único dato sobre este aspecto lo suministró Pedraza en su confesión al decir que "la reja estaba doblada hacia un lado y un vidrio roto" y que él solo introdujo la mano para bajar la falleba.

Dice la demanda que la confesión de Pedraza "no está desvirtuada en ninguna parte del proceso, sino corroborada en el proceso, pues efectivamente en la inspección ocular se comprobó que la reja estaba doblada y el vidrio roto", lo cual implica que a tal confesión se le negó el valor probatorio que sí tiene.

En lo referente a la causal primera de casación, el libelo acusa la sentencia "también por el concepto de indebida aplicación de la ley al aplicar el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal en lugar de darle aplicación, como ha debido hacerse, al artículo 402 del Código Penal en concordancia con los numerales 2º y 4º del artículo 398 del Código Penal y del artículo 403 ibídem, y de acuerdo con el Decreto 2184 de 1951.

"Para llegar a esta violación de la ley penal —termina el demandante— el honorable Tribunal hizo mala apreciación de las circunstancias del delito, lo cual condujo a un exceso en la fijación de la pena, dándole aplicación al artículo 404 del Código Penal numeral 3º".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Analiza detenidamente el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal las partes en que se fundamenta la impugnación al fallo del *ad quem,* para contestar el cargo formulado con base en la causal segunda de casación, en los siguientes términos, que sintetizan su pensamiento:

"Analizando las cosas desde otro ángulo, es también el caso de tener presente que el Código Penal Colombiano (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el Código Italiano), cuando reprime el robo con 'efracción' de pared, techo, pavimento, puerta o ventana, no habla de *lugar destinado a habitación,* sino simplemente de *lugar habitado,* expresión esta última de significado más amplio que el de la primera que no se presta a equívoco, porque con ella queda patente que la ley, al agravar la pena, pretende no solo amparar la propiedad ajena, sino también la seguridad personal del propietario, gravemente amenazada por el audaz y peligroso ladrón que, para consumar su designio, no tiene inconveniente en allanar los resguardos puestos para la defensa de las cosas y los reparos constituídos para la defensa de las personas".

"De manera, pues, que para que se configure el robo calificado de que trata el inciso 3º del artículo 404, basta no más que el lugar donde se cometa el apoderamiento de la cosa mueble ajena, *esté efectivamente habitado,* con lo que se tiene que carece de relievancia jurídica el hecho de que en el edificio, realmente habitado, por la naturaleza misma de su construcción no esté precisamente destinado a morada o que se use también para otros fines diversos de habitar. Tampoco tendrá importancia que se emplee, bien sea de noche, o bien de día".

La causal primera de casación invocada por el impugnador, la responde el señor Agente del Ministerio Público, así:

"Habiendo demostrado este Despacho al tratar de la causal segunda, que el sentenciador no incurrió en apreciación equivocada de los hechos y que obró con acierto al considerar que el delito cometido, corresponde a un robo mediante 'efracción' o fractura de una reja y una ventana de un lugar habitado, es lógico repetir para responder al actor, que la aplicación indebida de la ley penal —por mala interpretación de las circunstancias del delito— carece de fundamento".

Las anteriores observaciones llevan al señor Procurador Delegado a solicitar a la Corte que no invalide el fallo materia del recurso.

CONSIDERA LA CORTE:

El Tribunal de instancia para condenar al reo Pedraza partió de la base de que existían elementos de juicio suficientes para establecer su responsabilidad. Así, después de admitir que estaba plenamente acreditado que en la noche de los hechos los ladrones sustrajeron mediante violencia sobre rejas y vidrios, doce máquinas de escribir, cuyo precio global fue avaluado en la suma de siete mil doscientos pesos ($ 7.200.00), ninguna de las cuales logró ser recuperada; y de admitir también la propiedad, preexistencia y subsiguiente falta de los objetos robados, expresó lo siguiente:

"La efracción del vidrio de una de las ventanas y la fuerza ejercitada sobre la reja que la protegía, resguardaba o amparaba se evidencia-

ron con la diligencia de inspección ocular (fs. 2 vto. y 3), con el dicho del denunciante Aldo Delgado y con el informe del fotógrafo Sabogal.

"De igual manera quedó acreditado que en la parte baja del establecimiento donde funcionaba a la sazón 'Escolombias', se hallaban los salones de clase, en uno de los cuales penetraron los amigos de lo ajeno para perpetrar su atentado contra la propiedad; y, en la segunda planta estaban situados los dormitorios de las profesoras y alumnas. Ese hecho aparece establecido con el testimonio del denunciante y con el informe del fotógrafo del Servicio de Inteligencia Colombiano.

"Está significando lo anterior, en forma inconcusa e irrebatible que el delito se consumó en un lugar destinado a habitaciones; o, al menos en una de sus inmediatas dependencias como fue el piso primero donde se hallaban los salones de clase".

Luego entra el Tribunal a estudiar el problema jurídico que el caso ofrece para dar al delito su verdadera configuración legal y sobre este punto concluye que la justicia se encuentra frente a la ocurrencia de un delito de robo, en la modalidad prevista por el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal; robo denominado entre nosotros como calificado o agravado, por lo cual no pertenece a la especie contemplada en el artículo 402 del estatuto, "como lo afirma el señor Juez de primera instancia en forma un tanto ligera".

Es, pues, sobre este punto concreto en donde se presenta la controversia, desde luego que la demanda, admitiendo implícitamente la prueba para condenar, considera que hubo indebida aplicación de la ley, puesto que la sentencia recurrida la violó al apreciar erradamente los hechos.

Planteada así la controversia, conviene fijar el concepto de lo que constituye el agravante específico que fue tenido en cuenta para condenar al reo y si puede por tanto dársele denominación de lugar habitado a aquel en donde se realizó la infracción.

Decir que solo es lugar habitado aquel en el que puede vivir el hombre no obedece a ningún criterio; decir que es aquel que se encuentra ocupado por el hombre en el momento del delito, tampoco fija con exactitud el concepto. Para ello es menester considerar diversas circunstancias que surgen del problema concreto que a la justicia penal le corresponde decidir en cada caso particular. Porque la determinante de tal criterio la constituye sin lugar a dudas la suma del interés legalmente protegido que resulta del hecho de que atacada la propiedad por el ladrón, no solo se exponga ésta a ser fácil presa del atentador sino también la integridad física del habitante o propietario que allí se encuentra en el momento del atentado.

Es necesario atender para fijar el concepto a un criterio congruente con el espíritu de la ley para señalar la directriz jurídica en estos particulares, que si bien tienen en la dogmática legal algunas reglas fijas para señalar sus delineamientos, en orden a evitar interpretaciones arbitrarias que conduzcan a la injusticia, deben atenderse también aspectos diferentes que se rozan con la peligrosidad que encarna un hecho así. Por tanto el concepto es menester circunscribirlo a las circunstancias de ambiente en el cual se desenvuelve el ámbito que gira alrededor de la persona cuya tutela ejerce la acción penal. Por ello, en cada caso importa circunscribirlo a tal criterio, con el fin de evitar desviaciones y lo que es más grave interpretaciones que no se acomoden al exacto sentido jurídico que conlleva la expresión lugar habitado o sus dependencias inmediatas.

El Código tutela el lugar habitado o sus dependencias inmediatas, dando denominación de robo calificado al que realiza un delito contra la propiedad en tales circunstancias. Ello se explica por la índole misma del motivo que causa agravio al patrimonio ajeno, así se tome éste en un sentido meramente económico sino también atendiendo al ámbito de la seguridad personal de la víctima del reato. Porque no es exagerado pensar que cuando se realizan determinados sistemas de ataque al patrimonio ajeno, ellos incidan también contra las personas, aunque ello suceda en forma indirecta, por el peligro que representa contra ellas tal atentado. El ladrón sorprendido es capaz de todo y si la sorpresa se produce en donde el hombre posiblemente puede tener su habitación, cobra inusitada importancia jurídica el concepto, para desembocar en la tutela de un peligro que la ley penal debe considerar como circunstancia agravante de la responsabilidad, porque a mayor peligro debe corresponder mayor acción de reproche a la conducta delictuosa. De otra suerte, se tendría en cuenta solo un término de la ecuación, el ente jurídico del delito, descuidando o desconociendo la peligrosidad, que es en el Código Penal vigente, junto con aquel primer concepto, binomio necesario para la sancionabilidad penal.

¿Podría negarse que cuando, por caso, se consuma un delito contra la propiedad en un almacén de comestibles, el cual ocupa la planta

baja y en la parte alta habita la familia, no se incurre precisamente en el delito de robo calificado, cuando su ejecución se lleva a cabo por uno de los medios o modos que configuran la efracción, porque el ilícito se cumplió realizando alguno de los varios que constituye el agravante específico del numeral 3º del artículo 404?

No será ciertamente resuelto afirmativamente el cuestionario, al menos que se desconozca, lo que no puede hacerse, que el ladrón que de tal manera obra ejecute un hecho delictuoso en lugar habitado o sus dependencias inmediatas.

Refiriéndose concretamente a este problema dice un distinguido penalista:

"Tratándose de casa de más de una habitación, para que concurra la calificante es suficiente que una de las habitaciones esté efectivamente habitada, a pesar de que no sea la afectada directamente por la efracción, con tal de que ésta haya sido practicada para robar en ella. Carece de importancia que el edificio esté, por su destino principal, afectado a otro uso; que sea vgr., una casa de comercio, un estudio, un establo, etc., si en él vive una persona". Un colegio, una escuela o cualquier otro establecimiento de educación podría ser agregado a esos ejemplos, pues presenta con ellos una notable similitud.

"La calificante supone —agrega el mismo autor— entre otros criterios, el peligro que para el habitante del lugar significa el acto de codicia del ladrón; por esto, el agravante no concurre si en el lugar vive solo el ladrón o uno de los participantes en el hecho, ya que en este caso no corren peligro las personas extrañas, sino únicamente las cosas ajenas".

"Poco importa la naturaleza del lugar habitado con tal de que, por su construcción y materiales, represente efectivamente un mayor resguardo para las personas y los moradores. Puede tratarse de una casa, de un buque, de una cabaña, de una casilla, incluso móvil, de una carpa o de una morada improvisada con los reparos que proporciona la naturaleza, con la sola condición de que allí viva una persona y que esa vivienda resguarde efectivamente contra la acción de las personas. Esta determinación debe hacerse en cada caso según sus propias circunstancias". (Ricardo C. Núñez, "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD", pags. 248, 249 y 250).

Es claro que en estos particulares surgen distintos criterios y que algunos autores se aparten de esas apreciaciones con conceptos personales, atentos a la manera como cada autor enfoca el problema. Pero estas discordancias individuales no conllevan a desconocer una doctrina general que orienta las decisiones de la justicia, cuando se ofrece la necesidad de dar contenido jurídico a una forma de expresión usada en el código. Puede haber autor que niegue relevancia penal calificante de robo a un determinado supuesto; pero de que ello ocurra no se desprende la inexistencia de una doctrina general que unifica la mayoría de las opiniones, las que concuerdan todas en señalar ciertos presupuestos para que se dé categoría agravante a una determinada circunstancia, y en tal evento la jurisprudencia que trata de orientar la interpretación de un código determinado, puede servirse de aquellos criterios de autoridad que guarden más consonancia con el espíritu que informa la legislación que se trata de interpretar. De aquí que si el estatuto, como ocurre con el Código Penal colombiano, atiende al resguardo de las personas para su seguridad propia y la de sus bienes y a la peligrosidad del delincuente, resulta adecuado valorar la calificante del robo cuando el ladrón vulnera derechos protegidos o tutelados de manera que dé a las circunstancias agravantes un contenido jurídico específico, porque crea una norma que conviene al rigor penal que dio la ley a la ejecución de ilícitos en donde mediaran esas circunstancias, como acontece con el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal.

Por lo demás, es doctrina aceptada en la legislación universal, que el ladrón que ataca la propiedad ajena por los medios que configuran el robo, ya sean personales o materiales o que correspondan al concepto objetivo o subjetivo de la manera de encarar el problema, en cada caso y en cada legislación, acusa una peligrosidad tal que sobrepasa la propia del hurto para entrar en el ámbito de lo excesivo y dañoso, por el mayor agravio que el hecho produce y la mayor inseguridad que crea, desde luego que el delito despierta mayor grado de alarma social y más destaca inseguridad pública. La voluntad delictuosa del agente se perfila como más protuberante, pues ninguna seguridad externa de las cosas se respeta, sino que por el contrario se quebranta por el empleo de la violencia, avanzando el peligro hasta crear un grave riesgo a la misma integridad de las personas, ya que es bien sabido que el ladrón no se detiene ante nada ni ante nadie y cuando se ve sorprendido es capaz de atacar para cubrir la retirada, asegurar el producto de su rapiña y obtener a cualquier precio la impunidad.

Aplicados estos principios al caso y sin necesidad de recurrir a doctrinas foráneas, que tal vez no correspondan con exactitud al espíritu de la legislación nacional, es indudable que las circunstancias de lugar y de modo en que el delito se cumplió, indican que ello se realizó en condiciones que lo circunscriben y determinan dentro de moldes jurídicos y legales que corresponden a la denominación de robo calificado, porque si el local en donde ocurrió podría no corresponder al concepto subjetivo del autor de pretender encontrarlo deshabitado para realizar con mayor éxito su hazaña, ello no impide que el hecho mismo recaído en un establecimiento educativo con habitaciones ocupadas por personas en otra planta del edificio, indique que se encuentra precisamente dentro de una denominación que el código da relevancia penal para agravar la sanción y señalar jurídicamente el delito, no empece a la ligera dialéctica de pretender lo contrario, haciendo decir al estatuto lo que no quiso ni constituye tampoco su espíritu.

En cuanto al segundo cargo formulado por la demanda, incluído en su alegación correspondiente a la causal segunda, consistente en que dentro del proceso no se demostró plenamente que Pedraza fue quien rompió los vidrios luego de doblar la reja, el señor Agente del Ministerio Público hace las siguientes observaciones que la Corte acoge por ser ellas trasunto fiel de la realidad procesal:

"Naturaleza o condición de indicio vehemente posee, a no dudarlo, el hecho de haberse encontrado, en los fragmentos o pedazos del vidrio que rompieron los ladrones, 'huellas correspondientes a los dedos índice derecho e izquierdo del incriminado Pedraza Pedroza' (fs. 12 cuad. 4º y 10 del 1º), porque de tal hecho, necesariamente se infiere la presencia del acusado en el lugar del robo y a la hora de ser cometido éste.

"Ahora bien, si al indicio resultante de las huellas dactilares, se suma la circunstancia, de que dan fe las pruebas respectivas (fs. 2 vto. y 7), y la cual circunstancia consiste en que la ruptura del vidrio es reciente, como reciente también es la fractura de uno de los barrotes de la reja que resguardaba la ventana por donde penetraron a la casa los delincuentes, se llega entonces, por lógica e indefectible deducción, a saber que Pedraza Pedroza fue uno de los autores del delito juzgado.

"Por lo demás las pruebas que comprometen a Pedraza Pedroza y que son: la inspección ocular del folio 2 vto., los informes rendidos por el fotógrafo Alberto Sabogal O. de la Sección Técnica del Servicio de Inteligencia Colombiano, los cuales aparecen en los folios 7 y 14, y el informe técnico del folio 70, 'con el cual se demuestra una identificación dactiloscópica', desvirtúan sobradamente la confesión emitida por el mismo inculpado, y le restan todo crédito a las explicaciones, con las que candorosamente se quiere dar a entender que algún anónimo auxiliador de los propósitos de apoderarse de lo ajeno, que abrigaron uno y otro de los acusados, vino a ejecutar gratuitamente y con anterioridad a la verificación del robo, la tarea necesarísima de facilitar a Pedraza y sus compañeros de delito, la entrada a la casa".

DECISION DE LA CORTE:

En atención a las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 18 de noviembre de 1960, que fue objeto del recurso de casación por parte del apoderado de Jorge Enrique Pedraza Pedroza, a quien se le condenó en dicha sentencia a la pena principal de seis años y medio de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO EN EL GRADO DE TENTATIVA

Crítica probatoria. El sectarismo político como móvil del delito. Circunstancias que ponen en evidencia el propósito de causar la muerte. Causales 2ª, 1ª y 5ª de casación penal.

La sentencia impugnada, en realidad, es deficiente en su desarrollo formal, pero no hasta el punto de que en ella no aparezcan determinados los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se tuvieron como probados, en qué circunstancias se produjeron y quién fue su autor, en estos términos, como es racional, no puede prosperar el cargo que se le hace con invocación de la causal 5ª de acuerdo con la reiterada doctrina de la Corte, cuyo tenor es el siguiente:

"Para que la causal 5ª de casación se admita como probada, es menester que no se diga en la sentencia cuáles son los hechos principales o accesorios que influyen en la calificación del hecho y de la responsabilidad de su autor y consecuencialmente, en la aplicación de las penas, porque es necesario, y la ley lo exige, que el Estado le diga al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijarle sanciones. Pero, como es obvio, la mera deficiencia formal en la exposición que no produzca siquiera duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias, aunque criticable, no puede dar lugar a la invalidación de un fallo". (Cas., 11 febrero 1946, LX, 171).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre seis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 27 de junio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó al señor LUIS EDUARDO HERNANDEZ LONDOÑO, como responsable del delito de homicidio, en el grado de tentativa, que llevó a cabo en la persona del señor GONZALO OSORIO, a la pena de CUATRO AÑOS de presidio y accesorias correspondientes.

HECHOS:

En torno a las nueve de la noche del domingo 15 de noviembre de 1959 se hallaban dentro de la tienda del señor José Aníbal Arbeláez, ubicada en el perímetro urbano de la ciudad de Cartago, varios sujetos, entre ellos el señor Luis Eduardo Hernández Londoño, dedicados a ingerir licor y a dar gritos de inconfundible acento político, cuando en esas pasó por frente del establecimiento, con destino a su casa, el señor Gonzalo Osorio, hecho que aprovechó el citado Hernández para salir e insultarlo en forma procaz, simplemente por ser de política diferente a la suya. El señor Osorio, sin prestarle atención al agravio, continuó el camino que llevaba, entró a su hogar y poco después salió de allí para dirigirse a la tienda del señor Alejandro Triana, situada cerca a la del señor Arbeláez, y de nuevo fue interferido por el mismo Hernández, quien en esta ocasión, tras de haber pretendido tomarlo del brazo, le disparó con un revólver por varias veces, causándole las graves heridas de que informan los dictámenes médicos de los folios 14, 42 y 53 del cuaderno principal del expediente.

FALLOS DE 1ª Y 2ª INSTANCIA:

Al proceso generado en los referidos hechos se le dio la tramitación consagrada en el Decreto

0012 del 4 de junio de 1959 y, en consecuencia, previa clausura de la investigación y traslado a las partes para alegar de conclusión, con fecha 23 de febrero del año pasado, el Juzgado 1º Superior de Buga dictó la sentencia de primer grado, donde condenó al señor Luis Eduardo Hernández Londoño, como responsable del delito de homicidio frustrado, llevado a cabo en la persona del señor Gonzalo Osorio, a la pena de cinco años y cuatro meses de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de la misma ciudad reformó en el suyo del 27 de junio también del año pasado para dejar en cuatro años de presidio la pena principal, sobre la base de que el delito comprobado era el de tentativa de homicidio.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca, en el orden en que se enuncian, las causales de casación previstas en los ordinales 2º, 1º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Con apoyo en la causal 2ª se formulan al fallo acusado dos cargos, el primero de los cuales se plantea diciendo que la coartada de Hernández en el sentido de que no se encontraba en Cartago cuando ocurrieron los hechos materia del proceso, sino en el Corregimiento de Arabia, a una distancia "cuyo recorrido según múltiples testimonios al respecto sólo es posible hacer en automóvil en hora y media o dos horas", a pesar de estar comprobada, por errada interpretación de la prueba que de ella informa, fue desconocida, tema que se desarrolla con apreciable amplitud para luego sentar lo siguiente, en donde aparecen condensadas las ideas del recurrente:

"Los testimonios de José Jesús Martínez (flos. 87), Joaquín Emilio Valencia (fls. 87 vto.), José de los Santos Aguirre Román (fls. 88) y Luis Alcides Aguirre Román (flos. 88 vto.), mediante los cuales el procesado Hernández Londoño demostró la coartada planteada en la diligencia de indagatoria con dicho sindicado llevada a cabo, así como con la declaración del señor Inspector Henao Ospina (flos. 50 y 94) testimonios son estos que fueron recibidos con el lleno de las formalidades legales prescritas para esta clase de diligencias, provienen de personas mayores de edad, sanas de mente, y en relación a su forma dichos testimonios merecen toda credibilidad por cuanto que en sus deposiciones no incurren en equivocaciones, ni vacilaciones, son afirmativas y claras sus respuestas, todo lo cual revela que no existió preparación alguna anterior y la identidad que en ellos pudiera observarse proviene indudablemente de haber observado los mismos hechos sobre los cuales son preguntados, necesario es llegar a concluír que al ser rechazados por el honorable Tribunal Superior, en la sentencia recurrida, como demostrativos de la coartada referida, con violación de lo dispuesto en los artículos 203 y ss. y 224 del Código de Procedimiento Penal se les negó el valor probatorio que sí tienen y se incurrió por este aspecto en la sentencia recurrida en la causal 2ª de casación prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

El otro cargo, planteado con fundamento en la causal 2ª, se pretende sobre la base de que en la sentencia impugnada se atribuyó "al hecho de las lesiones que presentaba Gonzalo Osorio un valor probatorio que no tienen como demostrativas de los elementos constitutivos del delito de homicidio en grado de tentativa" aspecto sobre el cual se hacen diversas consideraciones, que concluyen en lo siguiente:

"En primer lugar quienes se dicen testigos presenciales de los hechos están acordes en manifestar que la persona que disparó sobre Gonzalo Osorio se encontraba en estado de embriaguez y que fue accidental el encuentro entre el lesionado y su agresor ya que ninguno de los dos se conocían entre sí, como asimismo fue accidental tanto el forcejeo surgido entre agresor y agredido como la distancia a que se encontraba el uno del otro en el momento de producirse los disparos. Está pues objetivamente demostrado que ninguna de las circunstancias anteriores señaladas tuvo el carácter de prevista de antemano o de aprovechada para que con base en dichas circunstancias pueda concluírse que por parte del procesado al hacer los disparos se obrase con resolución firme y decidida de privar de la existencia a Osorio, sino más bien con el impulso vago de reñir que mueve generalmente a quienes bajo el influjo de una pasión política se dedican a ingerir bebidas embriagantes en medios como lo son las regiones situadas al norte del Departamento del Valle del Cauca flageladas por la violencia política. Lo fútil del motivo como lo fuera el haberse el lesionado negado a participar bien en las libaciones o en los "vivas" lanzados por los contertulios de la cantina de Aníbal Arbeláez (flos. 11), no explica tampoco sino que antes bien destruye la consideración de la existencia de una intención de matar en quien disparó sobre Osorio en ese momento.

"No resulta en consecuencia procedente atribuír al procesado una mayor intención en la ex-

tensión del mal causado para calificar el hecho más gravemente si circunstancias manifiestas no demuestran de modo claro y evidente la trascendencia de esa intención.

"Y no es tampoco de deducir la intención homicida de la localización de las heridas por cuanto que si se analiza el dictamen médico-legal que obra a flos. 14 del proceso la localización y dirección periférica que tuvieron los disparos no revelan en quien hizo los disparos, que se dice fueron hechos a boca de jarro, sin que por otra parte aparezca tatuaje de pólvora alguno, la intención de matar. Por otra parte no resulta ceñida a la técnica médico-legal en materia de reconocimientos y por tanto fue errada la conclusión que de ella sacara el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en la sentencia recurrida, la denominación que en el citado dictamen de herida un 'orificio de entrada perforante del tórax' fuera dada a una de las lesiones que presentaba Osorio, por cuanto que una herida tal, por encima de la clavícula izquierda, no lo es del tórax y no puede ser por tanto perforante o penetrante de éste".

El recurrente, por medio de escrito que presentó su apoderado para que se tuviera en cuenta en la audiencia pública, la cual no se llevó a cabo "por no haber concurrido las partes a su celebración", insistió en los predichos dos cargos, expresando nuevas razones enderazadas a fundamentarlos, particularmente en forma de réplica a los conceptos del señor Procurador.

La causal 1ª se sustenta en los términos que a continuación se reproducen:

"PRIMERA CAUSAL. Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"Habiéndose hecho por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en la sentencia recurrida una errónea interpretación o valoración de los hechos al tomar éstos como elementos constitutivos del delito de 'homicidio' en la categoría de tentado, cuando en realidad sólo podían llegar a estructurar por su resultado material mismo uno de 'lesiones personales' necesariamente se incurrió por la mencionada Entidad en violación de la ley penal por interpretación errónea de ésta, ya que existiendo como existe una situación jurídica determinada por ciertas condiciones se tomó en cuenta otra.

"Si por el honorable Tribunal en su sentencia de junio veintisiete (27) de mil novecientos sesenta (1960) se llegó así fuera errada como efectivamente lo fue, a la conclusión de que el procesado Hernández Londoño había sido el autor de las heridas que presentaba el señor Gonzalo Osorio, la única solución legal posible y con base en la cual se podía aplicar una pena al procesado era la de considerar estructurado el artículo 374 del Código Penal y así proceder en consecuencia. Luego al condenarse al procesado Hernández Londoño a la pena señalada para el delito de homicidio en la categoría de tentado, tratándose como en realidad se trataba de un delito de "lesiones personales", ya que el hecho concreto atribuído a Hernández Londoño se encuentra expresamente penado como tal, se incurrió en la ameritada sentencia en violación de la ley penal por interpretación errónea de ésta y en consecuencia dicha sentencia debe casarse por este motivo".

Por último, la causal 5ª se sustenta diciendo que en la sentencia acusada no se expresan claramente los hechos que se consideran probados y, además, que en ella solo se estudian las pruebas recogidas en la segunda instancia, lo que "desvirtúa en un todo el principio de las dos instancias pudiéndose ver en ello aun, una violación de normas constitucionales que garantizan el derecho de defensa, finalidad esta que preside su reconocimiento y establecimiento en las leyes procedimentales de todos los países democráticos del mundo".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en el concepto que emitió para responder al traslado de la demanda, se ocupa de ella ampliamente, examina todos los cargos que se aducen contra el fallo acusado, en orden a las tres causales invocadas, y de este modo concluye en que no proceden aquellos que se hacen con fundamento en las causales 2ª y 1ª, pero que en cambio debe acogerse el que tiene como apoyo la causal 5ª para en consecuencia casar el prèdicho fallo por razón de este motivo de impugnación, devolviendo el proceso al Tribunal de origen, como se dispone en el aparte b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, para que profiera la sentencia como lo enseña el artículo 159 ibídem.

SE CONSIDERA:

Conviene, ante todo, recordar la prueba de imputación que en forma concreta ofrece el proceso contra el inculpado señor Hernández Londoño, determinando las condiciones en que se

produjo y los hechos y circunstancias que tienden a darle solidez.

La primera persona en declarar en el proceso fue la joven de trece años de edad Adiela Mejía, quien lo hizo tres horas después de ocurridos los hechos, puesto que aparece que su testimonio lo rindió a las doce de la noche de la misma en que se produjeron, a eso de las nueve. Dice esta testigo:

"Yo estaba en la tienda de la casa mía, de mi papá Julio Mejía como a las nueve de la noche, en la puerta al frente de la tienda donde hubo la pelea entre un muchacho *Eduardo* y otro pero yo no me acuerdo de su nombre. Yo vi que *Eduardo* gritaba dizque 'Viva el partido liberal' entonces el otro iba para abajo pero sin decir nada, y después volvió y se paró frente de la casa donde estaba gritando el otro, entonces *Eduardo* apenas lo vio se fue para donde él y le quitó un destornillador, después de que lo cogió de la camisa sacó un revólver y le dio tres tiros y arrancó a correr para la calle 10 y ya no supe más porque un señor le echó mano al herido y se lo llevó para la casa.

. . . . . .

PREGUNTADA: Diga usted, ¿dónde vive el muchacho *Eduardo* y cuál es su filiación? CONTESTO: El vive en la calle 8ª con carrera 12. Es alto, moreno claro, delgado y tenía sombrero, pero como estaba tan oscuro no le vi el vestido que tenía . . . . . .

. . . . . .

"El que hirió al otro fue *Eduardo;* no me acuerdo el nombre del herido, eso fue como a las nueve de la noche de hoy en la tienda de don Alejandro. De los tres tiros que *Eduardo* le hizo al otro, solamente le pegó dos y después se guardó el revólver y salió corriendo pero no vi de qué color sería".

Cuatro días después, el 19 de noviembre, la menor Mejía amplió su declaración para informar lo siguiente:

"Amplío mi declaración en el sentido de que la noche que hubo ese herido en la esquina de la calle 9ª, con carrera 12, después de eso y de la declaración que di, yo misma le mostré la casa al señor Inspector de aquí y al señor 'Jefe del Sic', donde *vivía o vive Eduardo, a quien me referí en mi primer declaración* y que queda en la calle 8ª, con carrera 12 y 13. Eso es todo lo que tengo que ampliar y he dicho la verdad".

El señor Inspector no rectificó a la menor respecto a que la misma noche de los sucesos le indicó, a continuación de rendir su declaración, la casa donde vivía el Eduardo a que se refirió en su testimonio, indicación que a su vez hizo al Jefe del Sic, todo lo cual aparece confirmado en el informe de los detectives 1720 y 1913, colaboradores del investigador, visible al fl. 20 del expediente.

La menor Mejía conocía, pues, con anterioridad a la fecha de los sucesos, al Eduardo que señala como autor de ellos. En estas condiciones se llevó a la testigo a la práctica de un injustificado y extraño reconocimiento en rueda de presos, el cual, por carecer de sentido y revestir el carácter de absurdo, no obstante su resultado todavía más injustificado y extraño, no es dable tomar para demeritar, en lo más mínimo, la testificación de la citada joven.

El señor Alberto Valdés Fernández presenció los hechos de que fue víctima el señor Gonzalo Osorio y los relata en forma semejante, en general, a como lo hace la menor Mejía. No conocía al procesado Hernández Londoño, al cual vino a identificar, firme y categóricamente, en diligencia de reconocimiento en rueda de presos, como la persona que disparó contra el señor Osorio.

El ofendido señor Osorio, todavía en estado de suma gravedad, rindió declaración en la mañana del 17 de noviembre y en ella relató los hechos de que fue víctima de manera más o menos semejante a como lo hicieron los testigos que se dejan indicados. No conocía a su agresor, pero desde entonces dejó sentado que "si me lo presentan yo sí lo puedo reconocer" y, en efecto, lo reconoció en rueda de presos, señalando al señor Hernández Londoño.

El recurrente, sin ensayar una crítica de fondo a estas pruebas de incriminación, opone a ellas la coartada que planteó en su indagatoria el señor Hernández Londoño, en el sentido de que el día de los hechos no estuvo en Cartago sino que permaneció en el Corregimiento de Arabia, en donde se encontraba para la hora en que se produjeron, coartada que se estima ampliamente comprobada por medio de los testimonios que se invocan en la transcripción que atrás se hizo en relación con el primer cargo formulado al fallo acusado con apoyo en la causal 2ª de casación.

El procesado Hernández Londoño sostuvo en su indagatoria que en la noche del 15 de noviembre permaneció en la tienda del señor José Aguirre en el Corregimiento de Arabia hasta las ocho en que "me fui para la casa de la finca a dormir", en la expresa compañía de MIRO N. y OMAR N. trabajadores a su servicio, los cuales resultaron ser los señores José Argemiro Martínez y José Omar Isaza, quienes rindieron de-

claración el 27 de noviembre. Dijo el primero, refiriéndose al día de los sucesos, vale decir, al 15 del mes citado:

"El día porque se me pregunta me encontré con el señor LUIS EDUARDO HERNANDEZ en esta localidad y estuvimos tomando trago, desde las dos de la tarde hasta las cuatro de la tarde, hora en que el señor Corregidor me invitó para que fuera a ayudar a enterrar a un señor que había muerto ese día. Cuando regresé del sementerio (sic), más o menos a las seis de la tarde, volví a ver al señor LUIS EDUARDO HERNANDEZ, que se estaba despidiendo del señor Corregidor, y ya estaba montado en un carro para irse de esta localidad en dirección a Pereira. Yo en seguida me fui para la casa y al otro día que me levanté le pregunté que dónde había amanecido y entonces él me dijo que donde JOSE AGUIRRE".

El testigo Martínez, como puede apreciarse en la transcripción, desmiente al procesado en la afirmación de que en su compañía permaneció la noche del 15 de noviembre en la tienda del señor José Aguirre, y también en la de que se quedó en su propia casa de la finca esa noche. De otra parte, el mismo testigo lo rectifica en cuanto asevera que de Arabia no salió el citado día, diciendo que a las seis de la tarde lo vio, montado ya en un bus, despidiéndose del Corregidor, para salir por la carretera que conduce a Pereira, vía que es la misma que debe tomarse para el traslado a Cartago. En estos términos, la declaración que se comenta, en vez de servir a la coartada del acusado, lo único que hace es comprometerlo, particularmente con el dato respecto a la salida en bus, por la carretera que corresponde al viaje a Cartago, a eso de las seis de la tarde, hecho que, como es obvio, en su carácter de indiciario, robustece la prueba de incriminación directa que atrás se examinó.

El segundo de los citados dos testigos, vale decir, José Omar Isaza, luego de que declara que es trabajador del señor Hernández Londoño, manifiesta textualmente, en cuanto es de especial importancia, lo que sigue:

"Ya como a las tres de la tarde que dieron permiso para vender trago, entonces nos entramos al café de propiedad del señor LUIS ANGEL SEPULVEDA, situado en el marco de la palaza (sic) y luego nos fuimos para el entierro de un viejito que se murió ese día. Cuando vinimos del entierro, nos entramos al café nuevamente y después nos fuimos todos para la cantina de JOSE AGUIRRE (a. frisoles), donde nos estuvimos con el señor LUIS EDUARDO HERNANDEZ, hasta las nueve o diez de la noche, hora en que me fui para la finca en compañía del señor JOSE ARGEMIRO MARTINEZ o sea el mismo que estaba ahora dando una declaración".

El señor Isaza, al decir que acompañó a Hernández en la tienda del señor Aguirre hasta las nueve o diez de la noche, se coloca en contradicción con el procesado, quien como se vio, declara que allí permaneció hasta las ocho, y al sostener que estuvo en la tienda hasta esa hora el señor José Argemiro Martínez y que en su compañía se fue para la finca del acusado, contradice a este testigo, el cual asevera, según se indicó, que para el campo de su patrón viajó "más o menos a las seis de la tarde". En estas condiciones la declaración que se comenta pierde su valor hasta el punto de quedar en nada en presencia de la constancia que dejó el funcionario que le recibió, cuyo texto es el siguiente:

"El suscrito funcionario deja constancia de que el deponente parece que al rendir su declaración contestara con evasivas y da la impresión de que está aleccionado para rendir su testimonio".

El señor José de Jesús Martínez García en nada abona la coartada del señor Hernández Londoño, puesto que afirma que en Arabia solo lo vio, hasta las cuatro de la tarde. Otro tanto cabe observar respecto del testigo señor Joaquín Emilio Valencia, quien asevera que en el mismo poblado lo vio "hasta las seis de la tarde".

El Inspector, señor Roberto Henao Ospina, rindió dos declaraciones, una el 4 de diciembre de 1959 y otra el 30 de abril del año pasado. En la primera, refiriéndose a la presencia de Hernández Londoño, en Arabia, el 15 de noviembre, dijo:

"En esa misma cantina (alude a la del señor José Aguirre) me encontré otra vez con el señor Luis Eduardo Hernández pues eran las seis y media de la tarde cuando estaba allí. Al ratico me retiré de esa cantina y no lo volví a ver".

Este otro testimonio tampoco favorece la coartada del procesado, en razón de que, como se verá más adelante, Hernández podía salir de Arabia después de las seis y media de la tarde y llegar a Cartago antes de las nueve de la noche.

En la segunda declaración el señor Henao Ospina expuso:

"Sí estuve hasta tarde de la nuche, en compañía de la Policía, recorriendo las principales calles de Arabia y me enteré que a las siete de

la noche más o menos, el señor Luis Eduardo Hernández estaba ingiriendo licores en la cantina de José Aguirre y lo mandé para que se retirara porque ya en el bus de las seis de la tarde le había dicho que se retirara y me contestó, sí señor me voy a ir ya para la finca, después de eso volví a recorrer las calles, y ya no lo volví a encontrar en ninguna parte hasta las cinco y media de la mañana, que llegaron policías o Agentes del Sic de Cartago, que venían con orden de captura para ése ciudadano y personalmente fui con los Agentes a la captura y lo encontramos en la finca y el cual no se mostró remiso absolutamente para la captura. Ya los Agentes se lo llevaron para Cartago y no me volví a dar cuenta de más nada".

De acuerdo con lo que aparece en la transcripción, resulta que el señor Henao Ospina vio a Hernández en la tienda del señor José Aguirre, no en la noche del 15 de noviembre en que ocurrieron los hechos del proceso, sino en la del 18, vísperas de su captura, la cual ocurrió el 19 del citado mes, según lo comprueba el informe de los detectives que la efectuaron, visible al folio 20 del expediente.

Los señores José de los Santos Aguirre Román y Luis Alcides Aguirre Román, al parecer hermanos entre sí, declaran, en su orden, lo siguiente:

"Recuerdo que un día domingo quince de noviembre del año pasado, cuando hubo una manifestación política, se encontraba en esta localidad el señor Luis Eduardo Hernández y permaneció todo el día, inclusive estuvimos por hay libando licor y por último se puso a tomar con otros, hasta muy tarde a mi parecer no estoy bien hasta las diez u once de la noche, en todo caso yo no lo vi salir en carro para alguna parte, porque él estaba borracho".

El segundo dice:

"Recuerdo que un día domingo quince de noviembre del año pasado, y precisamente recuerdo porque ese día hubo una manifestación presidida por el señor Camilo Mejía Duque, y ese día me encontraba en esta localidad, con el señor Luis Eduardo Hernández desde las once o doce del día, y nos pusimos a libar licor y me estuve con él hasta eso por hay (sic) como las diez u once de la noche, y no me di cuenta para donde se iría, porque, yo me encontraba muy borracho".

De estos testigos no habló el señor Hernández en su indagatoria ni en los largos cinco meses que transcurrieron con posterioridad a ella. Rindieron declaración el 27 de abril del año pasado, en la segunda instancia del proceso, a solicitud del defensor del acusado y conforme interrogatorio que les fue propuesto.

Como puede verse, los dos testigos se cuidaron de citar a las personas en cuya compañía ingirieron licor con Hernández. A este respecto son tan cautelosos que ni siquiera se aluden el uno al otro. Don Luis Alcides la única referencia que hace es la del señor Luis Angel Sepúlveda, el otro testigo de última hora, invocado a los cinco meses de ocurridos los sucesos, precisamente en unión de los que se vienen comentando.

Ambos testigos se contradicen con el procesado Hernández, puesto que en tanto que éste afirma que estuvo tomando hasta las ocho de la noche, hora en que según su dicho se fue a su casa de campo, aquéllos pretenden que permaneció ingiriendo licor "hasta las diez u once de la noche". Esa contradicción le quita todo valor a los testimonios de los predichos sujetos, en orden a que de suyo revela que el propósito, al declarar, fue el de favorecer por todos los medios al procesado, hecho que resulta todavía más evidente si se tiene en cuenta que de los Aguirre Román no aparece en el proceso la más ligera referencia en el transcurso de esos cinco meses que precedieron, desde la consumación de los hechos, hasta el momento en que el defensor del acusado los trajo a colación para que declararan conforme a interrogatorios preestablecidos.

El señor Luis Angel Sepúlveda, según sus propios datos, es dueño en el Corregimiento de Arabia de una cantina en donde Hernández, durante el día, estuvo libando licor, para luego salir de allí y trasladarse, en compañía del testigo, a eso de las seis de la tarde, a la tienda del señor José Aguirre, en donde Sepúlveda permaneció hasta las siete y media de la noche, hora en que dejó al acusado y se fue a dormir.

El señor Sepúlveda declaró el 28 de abril del año pasado, es decir, con posterioridad de más de cinco meses a la fecha de los episodios a que se refiere, los cuales, en verdad, nada tienen de trascendentales. No explicó, en su testimonio, la razón que lo determinara a conservarlos frescos en la memoria por tan prolongado tiempo, circunstancia que, como es obvio, pone en entredicho sus asertos, mostrándolos como evidentemente sospechosos.

La prueba, pues, invocada para acreditar la coartada del señor Hernández Londoño es, cuando menos, sospechosa. De ahí que en las instancias, donde se le juzgó y apreció con sentido crítico, se hubiera desechado. Esa prueba requiere, como conclusión de su examen, estudiarla en orden a la distancia entre Arabia y Cartago.

Según el procesado, la distancia entre los dos lugares expresados se recorre en "dos horas y media", y de acuerdo con los testigos que invoca y que en concreto se pronuncian sobre ella, en hora y media, dos horas y hasta en dos horas y media.

Entre Arabia y Cartago, conforme a datos del Ministerio de Obras Públicas, hay 45 kilómetros de carretera, los cuales se recorren en cualquier vehículo, a velocidad moderada, de acuerdo con las experiencias de varios Magistrados integrantes de la Corte Suprema, en menos de una hora, lo que apenas es obvio si se tiene en cuenta que la vía entre Arabia y el campo aéreo de Mata de Caña, en extensión de 21 kilómetros, aunque carece de pavimento, es amplia, segura y cómoda, y de ahí en adelante hasta Cartago, en extensión de 24 kilómetros, es perfectamente pavimentada. En estas condiciones, de suyo demostrativas de que el procesado, lo mismo que los testigos con que trató de acreditar su coartada, al pronunciarse respecto de la distancia entre los citados lugares, mintieron, cabe concluír en que Hernández, aunque hubiera salido de Arabia después de las siete y aun en torno a las ocho, de todas maneras podía estar en Cartago a las nueve de la noche, ahora en torno a la cual se consumó el delito de que fue víctima el señor Gonzalo Osorio.

En la sustentación del segundo cargo formulado con apoyo en la causal 2ª, el recurrente comienza por afirmar que quienes presenciaron los hechos "están acordes en manifestar que la persona que disparó sobre Gonzalo Osorio se encontraba en estado de embriaguez" y, además, en que el encuentro fue accidental, "ya que ninguno de los dos se conocía".

El presupuesto de la beodez, en realidad, carece de prueba en el proceso, puesto que lo único que dicen los que presenciaron los hechos es que en la tienda de donde salió Hernández Londoño para atacar al señor Osorio, en medio de vivas a un determinado partido, se ingería licor. Nadie sostiene que allí estuvieran borrachos, ni menos aparece esa afirmación respecto al expresado sujeto.

De modo que, contra lo que parece sugerir el recurrente, la beodez no juega en el proceso para determinar la conducta del acusado, en orden al delito que se le imputa, por el simple resultado.

En los autos no se encuentra hecho alguno que tienda a demostrar que el encuentro hubiera sido preordenado y entonces debe tenerse como accidental, circunstancia que sumada a los "vivas" partidistas de la tienda y a la frase procaz que precedió al ataque, comprueba plenamente que el móvil del delito fue el sectarismo político, que para expresarse a balazos tenía que hallarse en el colmo de la exaltación y, por lo tanto, en el más alto de su poder destructivo.

En ese clima psicológico, dentro de ese convulsionado, hirsuto y agresivo sectarismo, el señor Hernández hizo uso de un revólver, arma de idoneidad letal absoluta, para dispararlo por tres veces contra el señor Osorio y en esa forma herirlo en un brazo, que le dañó de por vida, y al lado del cuello "por encima de la clavícula izquierda", de manera que el proyectil fue "perforante del tórax".

En las condiciones anotadas no cabe la menor duda respecto a que el propósito que guió a Hernández al disparar reiteradamente contra el señor Gonzalo Osorio fue el de causarle la muerte, hecho que para ser negado, requeriría el desconocimiento de todas y cada una de esas circunstancias que se acaban de reseñar, las cuales, en realidad, configuran una evidencia, diríase que casi tangible.

No prospera, pues, este otro cargo que se hace al fallo recurrido con fundamento en la causal 2ª de casación.

Al no prosperar ninguno de los dos cargos formulados al fallo acusado con base en la causal 2ª, lógicamente tampoco puede tener éxito el que se hace con apoyo en la causal 1ª, precisamente por las razones que expone el señor Procurador, que dicen:

"No habiendo sido aceptado por este Despacho que la causal segunda debe prosperar, por ausencia de comprobación adecuada, la causal 1ª tampoco está destinada a ser procedente en este caso, toda vez que sus fundamentos radican en la viabilidad de los cargos sobre los cuales se apoya aquélla. Así se tiene:

"a) En la réplica a los ataques formulados a la sentencia impugnada, con base en la causal 2ª, quedó establecido que los hechos fueron valorados acertadamente por el Tribunal *ad quem*, sin que el razonamiento de dicha Entidad adolezca de error notorio o manifiesto que viole las leyes de la lógica. Por lo tanto la calificación jurídica del delito no debe ser modificada.

"b) La ley penal no ha sido infringida por errónea interpretación de la misma ya que el evento considerado como demostrado en este proceso (homicidio en grado de tentativa) le fueron aplicados los artículos 362 y 16 del Código Penal que son las normas que estructuran tal conducta jurídico-penal. A la valoración acertada de los hechos correspondió la aplicación precisa de los preceptos de la ley sustantiva al caso concreto".

La sentencia impugnada, en realidad, es deficiente en su desarrollo formal, pero no hasta el punto de que en ella no aparezcan determinados los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se tuvieron como probados, en qué circunstancias se produjeron y quién fue su autor, en estos términos como es racional, no puede prosperar el cargo que se le hace con invocación de la causal 5ª, de acuerdo con la reiterada doctrina de la Corte, cuyo tenor es el siguiente:

"Para que la causal 5ª de casación se admita como probada, es menester que no se diga en la sentencia cuáles son los hechos principales o accesorios que influyen en la calificación del hecho y de la responsabilidad de su autor, y consecuencialmente, en la aplicación de las penas, porque es necesario, y la ley lo exige, que el Estado le diga al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijarle sanciones. Pero, como es obvio, la mera deficiencia formal en la exposición que no produzca siquiera duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias, aunque criticable, no puede dar lugar a la invalidación de un fallo". (Cas., 11 febrero 1946, LX, 171).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 27 de junio del año pasado, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, donde se condena al procesado Luis Eduardo Hernández Londoño a la pena principal de *cuatro años de presidio* como responsable del delito de tentativa de homicidio en la persona del señor Gonzalo Osorio Osorio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

La Corte mantiene su providencia de 7 de septiembre último por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor de Magistrados del honorable Tribunal Superior de Bogotá. Reafirma su tesis de que las deficiencias técnicas del Decreto 014 de 1955 han originado doctrinas contradictorias y explican los yerros, no imputables a dolo en que puede incurrirse en el trámite de negocios penales mediante el procedimiento de dicho estatuto. Alcance del auto de detención preventiva dentro de ese trámite especial. Conducta intencional o culposa.

1. Las deficiencias técnicas del Decreto 014 de 1955 han originado doctrinas contradictorias, según las cuales la providencia por la cual se dispone la detención preventiva del procesado cabe ser tomada, o no, como equivalente al auto de proceder que regula el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. Y estos criterios disímiles explican los yerros, no imputables a dolo, en que puede incurrirse en el trámite de los negocios penales mediante el procedimiento señalado en el referido Decreto 014 de 1955.

Es lógico que cuando en la averiguación no resultan elementos de juicio, distintos a los yerros procesales en que se ha incurrido, que demuestren el elemento subjetivo genérico del delito de abuso de autoridad en la hipótesis que reprime el artículo 171 del Código Penal, por lo menos la duda respecto de la existencia del dolo debe resolverse en favor de los sindicados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

Tampoco, como ya se observó, son las del Decreto 014 de 1955 "normas claras, expresas y terminantes...", respecto de las cuales no quepa posibilidad alguna de error en su interpretación, pues bien conocidas son las deficiencias técnicas de dicho estatuto y las doctrinas diversas a que ha dado lugar, particularmente en cuanto al alcance procesal del auto que dispone la detención preventiva dentro de este trámite especial.

2. Cabe anotar que la orden de embargo y secuestro preventivos de bienes no requiere que la persona imputada haya rendido indagatoria o se le haya emplazado, como no es menester lo anterior para que pueda ordenarse la detención preventiva del sindicado.

3. La Ley penal colombiana fundamenta la responsabilidad en la actividad psico-física del agente, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 12 del Código. No hay, pues, delito sin culpabilidad, es decir, sin que la conducta sea intencional o culposa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El doctor Alvaro Leuro, en su condición de apoderado de la parte civil en este negocio, solicita que se reponga la providencia de esta Sala por la cual se sobreseyó definitivamente en favor de los doctores Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, con respecto a la sindicación de Abuso de Autoridad que les fuera hecha. Asimismo, para que "se disponga que no es el caso de expedir las copias de que habla la parte final de esa providencia".

Apoya sus pedimentos en las siguientes consideraciones:

a) Que "el delito de abuso de autoridad requiere, es cierto, el dolo, pero un dolo genérico, y no específico. Todos los autores están de acuerdo en sostener, y así lo ha reconocido la honorable Corte, que cuando la violación de la ley es tan clara y evidente, esa sola violación basta para configurar el dolo genérico del delito, porque los juzgadores deben conocer acabadamente los preceptos del derecho positivo y cuando éstos no se prestan a interpretaciones equivocadas, por su precisión y sencillez, entonces el quebrantamiento de ellos no tiene otra causa que el capricho, la rudeza autoritaria, que desemboca en un perjuicio para alguna de las personas que intervienen en el proceso. Y este aspecto sólo se compagina con el dolo, y nunca con un comportamiento de buena fe".

b) Que según dice Maggiore, "el fin de causar daño va implícito en el espíritu de represalia, de enemistad, de bandería, de capricho, de prepotencia, que ha movido al agente; o únicamente en la rudeza autoritaria o el exceso de celo mal entendido del funcionario", opinión que concuerda con la de Impallomeni, quien dice que "un funcionario abusa de su oficio cuando se sirve de su poder que a su cargo le proporciona sin preocuparse de conocer sus límites y sus deberes".

También anota que Garcon expresa que "la buena fe no puede resultar de la ignorancia de una ley clara y precisa, ni de un grosero error de interpretación".

c) Que la Corte ha señalado que "...la buena fe no puede aceptarse en los funcionarios, cuando realizan un acto arbitrario o injusto, sino en presencia de disposiciones legales o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces no cabe invocar el error sino en casos excepcionales y mediante plena prueba...", (fallo de 5 de marzo de 1957). Y, además, ha dicho que "el funcionario debe conocer la ley; el olvido de éste se presume doloso, no importa que aquél no sea, por sus antecedentes, idóneo para el desempeño expedito de su cargo. Desde el momento en que acepta libremente recoger en sus manos la potestad soberana de la República, de ejercer rectamente sus funciones y, por tanto, jura cumplir su deber, igualmente el Estado atiende a la obligación de pagar sus servicios, el funcionario no tiene disculpa para alegar olvido o impericia en el manejo o aplicación de la ley", (auto de 12 de septiembre de 1947. G. J. Nos. 2055-2056, p. 448).

d) Que "el resultado (daño o perjuicio a terceros) no es elemento constitutivo de la infracción, como tampoco que haya la intención positiva de inferir agravio, de obtener provecho o de favorecer a alguien. El llamado dolo genérico a que suele hacerse referencia en el delito de abuso de autoridad, dimana del *obrar voluntario* del agente, de la conciencia o conocimiento de ser su acto contrario a derecho, es decir, violatorio de la ley.

"Si la conducta arbitraria e injusta...", continúa el recurrente..., "no se informa en una equivocada interpretación de las disposiciones legales, sino en el positivo desconocimiento de ellas o en su quebrantamiento, el delito de abuso de autoridad se tipifica, y no cabe abonar en favor del agente buena fe o móviles más o menos plausibles. Y puesto que lo que el caso de autos ofrece es una violación manifiesta de preceptos inequívocos en materia de procedimiento penal por parte de los Magistrados a quienes se imputa el delito de abuso de autoridad, las razones de la mayoría de la Sala para descartar la existencia del ilícito y proferir sobreseimiento definitivo, por respetables que personalmente las estime, no alcanzan a convencerme. Creo, por el contrario, que los presupuestos procesales son los del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal".

e) Que en el supuesto de que "ninguno de los argumentos anteriores tuviese validez contra el proveído en recurso... yo con respeto, pregunto: ¿no habrá intención dañada en embargar bienes de un procesado absuelto, así como de personas no vinculadas jurídicamente al respectivo asunto judicial? ¿No existirá aquélla en el hecho de librar 150 oficios, firmados por el ponente, antes de estar ejecutoriada la providencia que declaró una nulidad, oficios inclusive que fueron a dar a los clubes sociales, en donde no tenían intereses económicos los señores LACORAZZA, como es obvio, y a las firmas comerciales con las cuales mantenían relaciones de crédito y en que tampoco poseían bienes aptos para resistir el gravamen decretado? ¿No se ve en todo esto y en lo demás que la honorable Corte considera demostrado, el propósito exclusivo de demeritar, mediante un proceder arbitrario e injusto, la solvencia moral de mis patrocinados y sus capacidades de viejos y cumplidos comerciantes?

Que, "en síntesis...", continúa el señor apoderado de la parte civil..., "las medidas precautelativas tomadas por el Tribunal en el caso *sub júdice* son totalmente contrarias a la actividad funcional de los incriminados que les indicaban

las normas de derecho positivo, las cuales, por su claridad, precisión y elemental entendimiento, no daban margen para dejar de aplicarlas, aun por parte de juzgadores de mínima preparación jurídica. Luego, al desconocer dichas normas, obraron arbitrariamente en forma dolosa. Se configura, entonces, el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 171 del Código Penal, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo''.

Y en cuanto a la orden de enviar copia del auto del folio 145 bis y de las piezas que obran a los folios 418 a 439 al Juzgado Superior de Bogotá (reparto), para lo que sea del caso, de acuerdo con la averiguación penal que solicita el doctor Sarasty, el recurrente manifiesta que ''dicha orden no se justifica, porque de acuerdo con las copias que acompaño...'' (diligencia de careo entre Zenaide Mareggini de Giunzzioni y Hugo Lacorazza Stella y sentencia del Juzgado 8º Superior de Bogotá, de 4 de septiembre de 1961, por la cual se absuelve a los señores Hugo, Vicente y Guido Lacorazza Stella en el proceso seguido contra ellos por abuso de confianza, aludido en este negocio)..., ''la del oficio SG-4190 del 6 de julio de 1961 expedido por la Oficina de Registro de Cambios del Banco de la República, y las fotocopias anexas que ruego pedir al señor Juez 8º Superior de este Distrito, se comprueba cabalmente la existencia del señor Mateo Minervino y se desbarata la afirmación sugerida, malévola y mentirosa del instructor Munévar''.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Como señaló la Sala en la providencia recurrida, ''la averiguación adelantada no ofrece circunstancias distintas a la comprobación de los... errores en que incurrió... el Tribunal Superior de Bogotá, que permitan deducir ese propósito de los acusados de realizar una actuación contraria a las normas reguladoras de la actividad funcional, con el fin de perjudicar a una persona o a una propiedad''.

Antes bien, como allí también se hizo notar, las deficiencias técnicas del Decreto 014 de 1955 han originado doctrinas contradictorias, según las cuales la providencia por la cual se dispone la detención preventiva del procesado cabe ser tomada, o no ser tomada, como equivalente al auto de proceder que regula el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. Y estos criterios disímiles explican los yerros, no imputables a dolo, en que puede incurrirse en el trámite de los negocios penales mediante el procedimiento señalado en el referido Decreto 014 de 1955.

Y es lógico que cuando de la averiguación no aparecen elementos de juicio, distintos a los yerros procesales en que se ha incurrido, que demuestren el elemento subjetivo genérico del delito de abuso de autoridad en la hipótesis que reprime el artículo 171 del Código Penal, por lo menos la duda respecto de la existencia del dolo debe resolverse en favor de los sindicados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

No resulta del sumario, suficientemente amplio en el diligenciamiento, apoyo demostrativo que permita afirmar concretamente que las equivocaciones en que incurrió la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, señaladas en el auto recurrido, estuvieron animadas por el propósito ''de represalia, de enemistad, de bandería, de capricho, de prepotencia...'', o fueron causadas por ''la rudeza autoritaria o el exceso de celo mal entendido del funcionario'', para deducir el elemento subjetivo del delito que se imputa a los Magistrados doctores Moncayo, Price Gutiérrez y Quintero Delgado.

Tampoco, como ya se observó, con las del Decreto 014 de 1955 ''normas claras, expresas y terminantes...'', respecto de las cuales no quepa posibilidad alguna de error en su interpretación, pues bien conocidas son las deficiencias técnicas de dicho estatuto y las doctrinas diversas a que ha dado lugar, particularmente en cuanto al alcance procesal del auto que disponga la detención preventiva dentro de este trámite especial.

Por último, cabe anotar que la orden de embargo y secuestro preventivos de bienes no requiere que la persona imputada de algún delito ya haya rendido indagatoria o se le haya emplazado, como no es menester lo anterior para que pueda ordenarse la detención preventiva del sindicado.

La ley penal colombiana fundamenta la responsabilidad en la actividad psico-física del agente, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 12 del Código. No hay, pues, delito sin culpabilidad, es decir, sin que la conducta sea intencional o culposa.

Y si del comportamiento de los doctores Moncayo, Price Gutiérrez y Quintero Delgado, en cuanto a los yerros en que incurrieron como miembros de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del proceso seguido contra el señor Hugo Lacorazza Stella, no se desprende con evidencia que obraron con el conocimiento de atentar contra el derecho, esto es,

de violar la ley, es apenas natural que se les sobresea definitivamente, como lo hizo la Sala, por falta de los requisitos previstos en el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para llamar a juicio.

Ahora bien:

Ninguna competencia tiene la Corte para examinar si los hechos a que alude el doctor Sarasty son o no constitutivos de infracción penal, o no existieron, o si el procesado o procesados no los llevaron a cabo, porque las personas imputadas no son juzgables por esta corporación.

No puede, pues, abstenerse de enviar las copias del caso al Juzgado Superior de Bogotá (reparto), para que allí se resuelva lo que sea pertinente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO REPONE la providencia de 7 de septiembre de 1961, recurrida por el señor apoderado de la parte civil en este negocio.

Cópiese y notifíquese.

Pedro Ignacio Camacho, Conjuez, *Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria,* con salvamento de voto, *Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad.*

Pioquinto León, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Los puntos de vista que tuve ocasión de expresar respecto al auto de calificación proferido por la Sala en este negocio el 7 de septiembre último, me obligan, como es obvio, a no compartir la providencia que desata desfavorablemente la reposición solicitada por el señor apoderado de la parte civil, del sobreseimiento definitivo con que se puso término al proceso.

Fecha ut supra.

Gustavo Rendón Gaviria

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HURTO CAMPESTRE

Penas estatuídas en los Decretos 00290 de 1957 y 014 de 1955 para los eventos de hurto de ganado mayor o menor. Estados de especial peligrosidad. Alcance de los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955. Circunstancia agravante que contempla la legislación argentina en esta clase de delitos. Incompetencia de jurisdicción.

1. El artículo 28 del Decreto número 0290 de 1957 no define nuevos estados de especial peligrosidad, sino que alude a los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955 solo para unificar el lapso de colonia agrícola imponible en esos casos, cuando el agente no registra antecedentes delictivos o de policía, se tiene la consecuencia inaceptable de que mientras resulta aumentado el lapso de tal medida de seguridad para los eventos de hurto de ganado mayor o menor, hurto de cosas expuestas al público y receptación (el Decreto 0290 de 1957 indica un lapso de 2 a 7 años de colonia agrícola), al delito de robo de ganado mayor o menor solo le sería aplicable este mismo lapso sin embargo de que el Decreto 014 de 1955 indica uno de 3 a 12 años, para cuando el agente no registra antecedentes delictivos o de policía.

De otra parte, el artículo 28 aludido habla de "hurto o robo en propiedades rurales" y de negociación "con artículos provenientes de tales delitos"; no de hurto o robo de ganado mayor o menor o de receptación que tenga por objeto estos semovientes. Luego el alcance lógico de la expresión "hurto o robo en propiedades rurales" es la de delitos de esta naturaleza, cometidos en el campo, así el objeto material de tales infracciones sean bienes diferentes del ganado mayor o menor.

2. La alusión que el artículo 28 del Decreto 0290 de 1957 hace de los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955, no debe entenderse como una innecesaria definición de estados de especial peligrosidad ya previstos en estas últimas disposiciones, sino como el mandato de que los delitos de hurto y robo, la receptación y el hurto de cosas expuestas al público, así recaigan sobre bienes distintos al ganado mayor o menor, constituyen estados de especial peligrosidad, con tal de que los hechos ocurran "en propiedades rurales" (hurto y robo) o se cometan respecto de bienes que fueron objeto de estos delitos cometidos en propiedades rurales (receptación), y, aun cuando "no exista contra..." los procesados... "comprobación de antecedentes judiciales o policivos".

Si quien hizo las veces de legislador hubiese querido unificar el lapso de las medidas de seguridad, para cuando el agente no registra antecedentes judiciales o de policía, en los casos definidos en los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955, así lo habría hecho expresando, por caso, que en los eventos señalados en tales artículos "los responsables serán condenados a colonia agrícola y penal, de 2 a 7 años" aun cuando no registren tales antecedentes.

El alcance de la norma comentada no es otro, pues, que el erigir en estado de especial peligrosidad el llamado en la doctrina hurto campestre, dentro del plan de unificar el sistema de represión policiva de los atentados contra el patrimonio económico, cuando tienen por objeto el ganado mayor o menor, las máquinas o instrumentos de labor agraria, o los productos separados del suelo y dejados en el campo.

3. Como el artículo 49 del Decreto 014 de 1955 dispone que "de los procesos que se adelanten por los estados de especial peligrosidad, conocerán las mismas autoridades que conocen en la actualidad de los estados antisociales previstos en la Ley 48 de 1936", esto es, las de policía, es indudable que la sentencia impugnada fue pro-

ferida en un juicio viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, (ord. 1º del art. 198 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado David Pérez Lerma contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 28 de noviembre de 1960, por lo cual le impuso, conjuntamente con el sindicado Coldelmiro Bados, la pena principal de seis años de presidio, como responsable del delito de robo.

HECHOS:

Los señala la demanda, en síntesis que acoge el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, así:

"Violentando la puerta del cuarto donde se hallaba funcionando, los señores David Pérez y Coldemiro Bados sustrajeron un motor o turbina, la noche del 18 de mayo de 1959, en la propiedad rural del señor Aristóbulo García, situada en la fracción de 'El Rey', en el municipio de Roldanillo (Valle).

"Muy poco tiempo después de cometido el hecho, cuando los acusados pretendían aprovechar sus resultados, cayeron en manos de la autoridad policiva.

"Iniciada y adelantada la investigación por la Inspección de Policía de esta ciudad, el negocio pasó al Juzgado Municipal, el que lo remitió por competencia al Juzgado Penal del Circuito. Este, a su vez, ordenó pasarlo a la Alcaldía, en donde fue fallado e hizo la correspondiente condena. Interpuesto el recurso de apelación, la Gobernación del Departamento ordenó la entrega del proceso al Juzgado Penal del Circuito, el que de inmediato provocó la competencia negativa a la Alcaldía, incidente de colisión que resolvió el Tribunal de Buga señalando a la justicia ordinaria como la competente para conocer del negocio..."

Agrega esta relación que "los sindicados confesaron plenamente su ilícito. Pero en ampliación de indagatoria, el sindicado Pérez puso de presente el estado de necesidad que lo llevó a cometer el hecho, refiriéndose a la urgencia de proporcionar a su madre servicios médicos, hospitalarios y de drogas, para atender así al tratamiento de grave dolencia que la aquejaba. Tanto el juzgado como el Tribunal, desatendieron tan importante circunstancia, como también la relacionada con la confesión espontánea de los sindicados".

DEMANDA DE CASACION

Invoca el demandante las siguientes causales:

Cuarta

Dice el impugnante que la sentencia viola la ley procedimental, porque fue dictada en un juicio viciado de nulidad.

Para demostrar el cargo, anota que de conformidad con el artículo 28 del Decreto 0290 de 1957, la competencia para conocer de este negocio correspondía a las autoridades de policía y no a la jurisdicción penal ordinaria.

Considera que si bien "el artículo 28 en mención no establece que los delitos de hurto y robo cometidos en propiedades rurales sean de competencia distinta a la de los jueces ordinarios...; si se tiene en cuenta la vieja tendencia del legislador y de quien ha venido haciendo sus veces para atribuír esa competencia a los Alcaldes; si se mira la indudable decisión de erigir esos delitos en estados de especial peligrosidad; y si se considera el carácter general, sin exclusiones, con que se introduce esa disposición, al referirse a 'quienes cometieren hurto y robo en propiedades rurales', no hay ninguna duda acerca de que ese estatuto penal ha querido traer al juzgamiento de los ilícitos que menciona, el espíritu y las consecuencias del Decreto 014 de 1955, con la sola modificación de las penas. Esto significa que el presente negocio ha debido ser conocido por el alcalde de este municipio, puesto que se trata de un robo de cosa mueble en propiedad rural".

Primera

Afirma el demandante que la sentencia recurrida viola el artículo 28 del Decreto legislativo número 0290 de 1957, con la consecuencia, ya aducida al invocar la causal cuarta, de que la providencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad.

Asimismo expresa que dicho fallo viola los artículos 404, 36 y 38 del Código Penal, por errónea e indebida aplicación de estas disposiciones... pues "el fallador de segunda instancia debió condenar al mínimo del artículo 404...". Además, observa el recurrente, "la sentencia no tuvo en cuenta para la fijación de la sanción el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, que elevó al doble los mínimos de las penas contemplados en el libro segundo del Código Penal, con las excepciones allí mencionadas. Y no lo podía tener en cuenta, porque si se considera aquel principio constitucional, debe entenderse que los mínimos contemplados son los que corresponden a los delitos genéricos, no a los específicos en que se haya agravado la pena, como es el caso del artículo 404, no solo por aquella razón de derecho constitucional...", (art. 26 de la Carta)..., "sino porque sería ilógico el que se fueran a considerar dos mínimos dentro del mismo capítulo, uno de los cuales ya ha sido agravado".

Segunda

Dice el impugnante que el fallo recurrido contiene una errada apreciación de los hechos, lo cual condujo a que le negara a David Pérez Lerma el estado de apremiante necesidad económica en que obró y, consecuencialmente, a no aplicar la eximente de responsabilidad prevista en el artículo 430 del Código Penal.

Expresa, al respecto, lo que pasa a transcribirse:

"En subsidio de los anteriores cargos...", los que propone con invocación de la causal cuarta de casación..., "formulo contra el fallo del honorable Tribunal este nuevo, con base en la causal segunda de casación penal, consistente en que habiendo errado de derecho el dicho fallo al desconocer el mérito de los medios probatorios relacionados con la demostración del estado de necesidad con que obró el sindicado Pérez, el aludido fallo viola el artículo 430 del Código Penal.

"En efecto, con los testimonios de Alvaro Mejía Panesso, Carlos Evelio Gómez, doctor José Jesús Llanos y Evelio Vaca V., se demuestra en primer término que algunos de esos testigos se prestaron generosamente para dar alguna cantidad de sangre con destino a Micaela Pérez, que yacía gravemente enferma en el hospital de esta ciudad, y que no estaba en capacidad de pagar los suministros de sangre; y, en segundo lugar, que el testigo doctor Llanos prestó sus servicios gratuitamente a la enferma, dada la extrema pobreza del hijo de la paciente, el sindicado Pérez.

"Con tales testimonios, relativos al desarrollo de un solo hecho, como es el de la permanencia de la enferma en el hospital, se demuestra la extrema pobreza del sindicado y la necesidad en que se hallaba de encontrar algún medio que le permitiera atender al tratamiento médico y hospitalario de la madre, aún enferma...

"Y según la ampliación de indagatoria del sindicado, el producto del robo estaría destinado a sufragar tan graves necesidades de la familia de aquél...", a más que desde su primera declaración "se presentó como un hombre sano y libre de malas inclinaciones, al confesar el hecho...", oportunidad en que, por ignorancia, dejó de referir los motivos determinantes de su conducta.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En amplio y juicioso estudio, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal estima lo siguiente:

a) Que no existe nulidad del juicio, por cuanto los hechos imputados a David Pérez Lerma no constituyen un estado de especial peligrosidad, sino una infracción punible de la competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

Dice que "el artículo 28 del Decreto 0290, al fin de cuentas, ninguna modificación introdujo con relación al procedimiento que debe seguirse cuando se trata de uno de los hechos delictuosos a que se refieren los ordinales 19, 23 y 24 del artículo 7º del Decreto 014 de 1955, porque conforme a este último estatuto y más precisamente, con arreglo a sus artículos 28, 29 y 37, ciertas y determinadas medidas de seguridad se le aplican tanto a quien tiene antecedentes judiciales o policivos, como a quien no los tenga, lo cual significa que el Decreto 0290 únicamente reformó el término de duración de la respectiva medida de seguridad imponible a 'quien atente en cualquier forma contra la propiedad de ganado mayor o menor', o a quien 'sea sorprendido en el acto de sustraer ilícitamente, o pretender sustraer objetos que por costumbre comercial, por destinación o por necesidad, estén expuestos al público', o a 'quien de modo habitual negocie bienes, mercancía u objetos que hayan sido materia de infracciones contra la propiedad, o cuya procedencia legítima no pueda establecerse'.

"Por consiguiente...", agrega..., "quien delinque contra la propiedad rural cometiendo un

hecho distinto a los previstos en los ordinales 19, 23 y 24 del artículo 7º del Decreto 014, no queda sujeto a la imposición de una medida de seguridad, porque no es dable considerarle 'en estado de especial peligrosidad', y porque nada tiene que ver con él, lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 0290. Por lo mismo, su juzgamiento habrá de hacerse conforme al procedimiento del Decreto 014, por cuenta de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, quienes sólo podrán aplicarle la respectiva sanción prevista por el Código Penal.

"En el caso de que se trata, a David Pérez Lerma se le acusa del robo del generador o dinamo correspondiente a un motor, es decir, de un delito distinto a los contemplados en los ordinales 19, 23 y 24 del tantas veces citado artículo 7º del Decreto 014. Siendo esto así, manifiestamente se incurre en error cuando se pretende —como lo hace el señor demandante— que sea juzgado el mismo Pérez Lerma por las autoridades de policía, y que se le aplique una medida de seguridad, en vez de la pena de seis años de presidio a que fue condenado en las instancias del juicio".

b) Que, en cuanto al primer cargo hecho por el impugnante, con invocación de la causal primera de casación, "en vista de que al proponerlo nuevamente alega que fue violado el artículo 28 del Decreto legislativo número 0290 de 1957, es más obvio que la Procuraduría considere que debe rechazarse... por haberse demostrado que el quebrantamiento de la ley sustantiva carece en absoluto de fundamento..."; y, con respecto a la errada interpretación o indebida aplicación de los artículos 404, 36 y 38 del Código Penal, "todo hace ver... que no había base legal para aumentar el mínimo imponible de pena...", por lo que es "el caso de juzgar que la causal primera, por el nuevo aspecto en que es analizada y sustentada en la demanda, está cabalmente fundada".

c) Que, como petición principal —dice el Ministerio Público— presenta la de que el fallo recurrido sea casado con fundamento en la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto Pérez Lerma realizó el hecho en las condiciones señaladas en el artículo 430 del Código Penal; y, como solicitud subsidiaria, propone la de que se reduzca la sanción al mínimo de tres años de presidio, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 404 del Código últimamente mencionado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Corresponde examinar las causales de casación en el orden de preferencia señalado por el demandante, a saber:

Causal cuarta:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Apoya el demandante el cargo en la consideración de que el Decreto legislativo número 0290 de 1957 erigió en *estado de especial peligrosidad* los delitos de hurto y robo cometidos "en propiedades rurales", no siendo, por tanto, competente la jurisdicción penal ordinaria para conocer de este proceso. En consecuencia, concluye en que se incurrió en el evento de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en el de "incompetencia de jurisdicción".

Pues bien:

El artículo 28 del Decreto legislativo citado dispone lo siguiente:

"Quienes cometieren hurto o robo en propiedades rurales o negociaren con artículos provenientes de tales delitos, serán considerados en estado de especial peligrosidad, según lo establecido en los ordinales 19, 23 y 24 del artículo 7º del Decreto ley número 14 de 1955 y serán juzgados por el procedimiento señalado en dicho decreto, aunque no exista contra ellos comprobación de antecedentes judiciales o policivos. Los responsables serán condenados a colonia agrícola y penal, de dos a siete años".

Los artículos 19, 23 y 24 del artículo 7º del Decreto 14 de 1955, a que alude el artículo antes transcrito, dicen:

"19) Quien atente en cualquier forma contra la propiedad de ganado mayor o menor, lo cual, para los efectos del presente decreto, se denominará genéricamente *abigeato*".

"23) El que sea sorprendido en el acto de sustraer ilícitamente, o pretender sustraer, objetos que por costumbre comercial, por destinación o por necesidad, estén expuestos al público".

"24) Quien de modo habitual negocie bienes, mercancías u objetos que hayan sido materia de infracciones contra la propiedad, o cuya procedencia legítima no pueda establecerse".

Las medidas aplicables a los anteriores casos son las siguientes:

a) *Hurto de ganado mayor o menor.*

Según el artículo 37 del Decreto 014 de 1955, es pertinente:

1º Colonia agrícola de 3 a 8 años, si el agente tuviere antecedentes delictivos o de policía.

2º Colonia agrícola de 2 a 6 años, si no ofreciere el autor tales antecedentes.

b) *Robo de ganado mayor o menor.*

De acuerdo con el mismo artículo 37, citado, en concordancia con el 39 de dicho estatuto, es viable:

1º Un aumento de una tercera parte al doble, si el agente tuviere antecedentes delictivos o de policía, de conformidad con el lapso básico de 3 a 8 años, previsto para este evento en el artículo 37; es decir, que puede imponerse colonia agrícola de 4 a 16 años.

2º El mismo aumento, pero partiendo del lapso de 2 a 6 años de colonia agrícola indicado en el mismo artículo 37, si el autor no tuviere antecedentes delictivos o de policía; esto es, que la medida de seguridad puede ir de 3 a 12 años.

b) *Hurto de cosas expuestas al público.*

Según el artículo 28 del mismo Decreto 014 de 1955, el autor de este hecho incurre en las siguientes medidas de seguridad:

1º Colonia agrícola de 3 a 6 años, si tuviere antecedentes delictivos o de policía.

2º Colonia agrícola de 1 a 4 años, si no ofreciere tales antecedentes.

c) *Receptación.*

De acuerdo con el artículo 29 del citado estatuto, quienes incurran en ella son objeto de las siguientes medidas de seguridad:

1º Colonia agrícola de 3 a 8 años, si tuviere antecedentes delictivos o de policía.

2º Colonia agrícola de 1 a 4 años, si no ofreciere dichos antecedentes.

Si como anota el Tribunal Superior de Buga en la sentencia recurrida y expresa, asimismo, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, el artículo 28 del Decreto 0290 de 1957 no define nuevos estados de especial peligrosidad, sino que alude a los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955 sólo para unificar el lapso de colonia agrícola imponible en esos casos, cuando el agente no registra antecedentes delictivos o de policía, se tiene la consecuencia inaceptable de que, mientras resulta aumentado el lapso de tal medida de seguridad para los eventos de hurto de ganado mayor o menor, hurto de cosas expuestas al público y receptación (el Decreto 0290 de 1957 indica un lapso de 2 a 7 años de colonia agrícola), al delito de robo de ganado mayor o menor sólo le sería aplicable este mismo lapso, sin embargo de que el Decreto 014 de 1955 indica uno de 3 a 12 años, para cuando el agente no registra antecedentes delictivos o de policía.

De otra parte, el artículo 28 aludido habla de "hurto o robo en propiedades rurales" y de negociación "con artículos provenientes de tales delitos"; no de hurto o robo de ganado mayor o menor o de receptación que tenga por objeto estos semovientes. Luego el alcance lógico de la expresión "hurto o robo en propiedades rurales" es la de delitos de esta naturaleza, cometidos en el campo, así el objeto material de tales infracciones sean bienes diferentes del ganado mayor o menor.

La alusión que el artículo que se examina hace de los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955, no debe entenderse como una innecesaria definición de estados de especial peligrosidad ya previstos en estas últimas disposiciones, sino como el mandato de que los delitos de hurto y robo, la receptación y el hurto de cosas expuestas al público, así recaigan sobre bienes distintos al ganado mayor o menor, constituyen estados de especial peligrosidad, con tal de que los hechos ocurran "en propiedades rurales" (hurto y robo) o se lleven a cabo respecto de bienes que fueron objeto de estos delitos cometidos en propiedades rurales (receptación), y aun cuando "no exista contra..." los procesados... "comprobación de antecedentes judiciales o policivos".

Si quien hizo las veces del legislador hubiese querido unificar el lapso de las medidas de seguridad, para cuando el agente no registra antecedentes judiciales o de policía, en los casos definidos en los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955, así lo habría hecho expresando, por caso, que en los eventos señalados en tales artículos "los responsables serán condenados a colonia agrícola y penal, de dos a siete años", aun cuando no registren tales antecedentes.

El alcance de la norma comentada no es otro, pues, que el de erigir en estado de especial peligrosidad el llamado en la doctrina *hurto campestre,* dentro del plan de unificar el sistema de represión policiva de los atentados contra el patrimonio económico, cuando tienen por objeto el ganado mayor o menor, las máquinas o instrumentos de labor agraria, o los productos separados del suelo y dejados en el campo.

La legislación penal de la Argentina señala como circunstancia agravante de los delitos de hurto y robo el hecho de que se cometan "en

ganado mayor o menor, en los productos separados del suelo o en máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o en alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial'' (arts. 163 - ord. 1º, y 164 - ord. 4º-).

Así, pues:

Como el artículo 49 del Decreto 014 de 1955 dispone que ''de los procesos que se adelanten por los estados de especial peligrosidad, conocerán las mismas autoridades que conocen en la actualidad de los estados antisociales previstos en la Ley 48 de 1936'', esto es, las de policía, es indudable que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, (ord. 1º del art. 198 del C. de P. P.).

De consiguiente, la causal cuarta de casación, aducida como principal por el demandante, aparece comprobada y corresponde declarar la nulidad del proceso desde el auto de 26 de octubre de 1960 (f. 67), por el cual se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Es de anotar que el procesado Coldemiro Bados careció de toda defensa. En efecto, el apoderado de oficio que le fue designado para que lo asistiera en la diligencia de indagatoria se encargó, posteriormente, de la asistencia jurídica que le encomendara el sindicado Pérez Lerma, desplazando al doctor Miguel Restrepo Estrada.

Sin embargo de este cambio de representante judicial de Pérez Lerma y sin que, por tanto, el doctor Restrepo Estrada tuviese la representación de Bados, ni la de aquel otro, le fue notificada a este abogado la sentencia de primera instancia, posiblemente porque equivocadamente se estimó que representaba al citado Bados.

Ello explica que este último sindicado careciera de toda asistencia jurídica, como que ningún alegato se hizo en su defensa, ni se solicitó prueba alguna, ni se interpuso recurso de ninguna especie, en su favor.

Ahora bien:

Si se atiende a que la causal cuarta de casación fue aducida como principal por el recurrente, es innecesario el examen de los demás cargos hechos a la sentencia impugnada, con invocación de las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Por ello, la Sala se abstiene de tomar en cuenta las peticiones del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, apoyadas en muy juiciosas y jurídicas consideraciones, particularmente en lo que se relaciona con el estado de necesidad, estudiado por el señor Agente del Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, INVALIDA el fallo del Tirbunal Superior de Buga, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia, por la autoridad competente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Buga.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad.

Pioquinto León, Secretario.

LA FACULTAD DE DESCONOCER EL VEREDICTO, POR CONTRARIO A LA EVIDENCIA DE LOS HECHOS, ES EXCLUSIVA DE LOS JUECES SUPERIORES Y DE LOS TRIBUNALES DE DISTRITO JUDICIAL. CAUSALES 2ª Y 5ª DE CASACION.

De conformidad con el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, la facultad de desconocer el veredicto, por contrario a la evidencia de los hechos, es exclusiva de los Jueces Superiores y de los Tribunales de Distrito Judicial y, por lo tanto, ella no puede extenderse a la Corte, porque, las funciones de las entidades judiciales, como lo ha recalcado esta misma Corporación, en reiterada jurisprudencia, "están limitadas a lo expresamente establecido en las leyes", y éstas, en verdad, no facultan a los jueces distintos de los de instancia para pronunciarse sobre el particular.

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 15 de febrero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al señor Samuel Clavijo Jibaro, como responsable del delito de homicidio en el señor Simón Parra Martínez, a la pena de *ocho años de presidio* y accesorias correspondientes.

HECHOS:

En la noche del siete (7) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve se encontraban en la tienda de la señora Carmen Páez, ubicada en la carrera 55 con la calle 17 de esta ciudad, de una parte, los señores Samuel Clavijo, Carmen Prieto, cónyuge de aquél, Epifanio Parra y Yesid Ospina y, de la otra, Simón Parra, Antonino Marta y César Manchola, grupo este último al cual se sumó la señora Lucrecia Camelo, quien al entrar al expendio se entregó a conversar con el citado Manchola sobre algún tema que incomodó a la señora Prieto de Clavijo, mujer que irrumpió en procacidades, por cuya causa Parra Martínez respondió a ellas y luego con su grupo se salió de la tienda seguido de los cónyuges Clavijo Prieto, los que ya en la calle la emprendieron a piedra contra el expresado Parra. En un momento dado el señor Samuel Clavijo, en el instante mismo en que Parra recibió una pedrada en la cabeza, de la que quedó aturdido, con un cuchillo que al parecer le facilitó su misma esposa, y le propinó una cuchillada tan violenta que con ella le ocasionó la muerte en forma casi instantánea.

CALIFICACION DE LOS HECHOS:

En auto del veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, el Juzgado Segundo Superior de esta ciudad llamó a juicio, por el delito de homicidio en el predicho Simón Parra Martínez, a los cónyuges Samuel Clavijo Jibaro y Carmen Elisa Prieto de Clavijo, determinación que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en su providencia, también de mil novecientos cincuenta y nueve respecto al primero y revocó en cuanto a la segunda, a quien en cambio sobreseyó en forma temporal. En esta suerte, llegada la oportunidad legal, fue propuesto al jurado, en relación con el llamado a juicio, el siguiente cuestionario:

"El acusado Samuel Clavijo Jibaro, mayor de edad y demás condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable de haber ocasionado la muerte, con intención de matar, a Simón Parra Martínez, según hechos ocurridos a eso de la media noche del día siete (7) de febre-

ro del año próximo pasado en la carrera 55 con la calle 18, Barrio de Puente Aranda en esta ciudad?''.

RESPUESTA: SI ES RESPONSABLE

El Juzgado del conocimiento, acogiendo el veredicto del Jurado, condenó al señor Samuel Clavijo, como responsable del homicidio en el señor Simón Parra, mediante sentencia del doce de agosto del año pasado, a la pena de *ocho* (8) *años* de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal de Bogotá confirmó en el suyo del quince de febrero del año en curso.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca las causales de casación previstas en los ordinales 2º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. En la sustentación de la primera de esas dos causales el demandante dice, entre otras cosas, las siguientes, donde aparecen condensadas sus ideas:

''Es indudable a la vista del debate jurídico y de hecho que se examinó en la audiencia que se olvidaron fundamentos ciertos y se dio errada interpretación o apreciación a los hechos tanto en la sentencia como en los fundamentos de veredicto en el que se apoyó ésta y los hechos han sido interpretados en un valor erróneo probatorio habiéndoseles negado el valor que en realidad tienen pues, para ello, he querido yo traducir las tesis que se desarrollaron teniendo en cuenta las pruebas del expediente''.

Y más adelante:

''Los Jueces de primera y segunda instancia, ciegos al espejismo del veredicto, se abstuvieron de verificar los diversos aspectos que habían de servir de base para establecer o rechazar la real y justa interpretación de los hechos, se abandonó la realidad del valor probatorio, se cerró el paso a la realidad de la prueba y no se tomaron en cuenta a pesar de tener respaldo en el expediente, las pruebas ciertas de cómo obró mi mandante que lo hizo defendiéndose o al menos se vio envuelto en una riña que le provocaron varias personas, y lo hizo angustiado por el mal trato que se estaba dando a su esposa en la calle.

''La sentencia que se dictó contra Samuel Clabijo Jibaro, se redactó con errada interpretación de hechos y los errores cometidos por los Jueces de derecho, modificaron las circunstancias e incluyeron en la realidad de la acción y que han venido arrastradas a la determinación errónea de la sanción''.

La causal 5ª se sustenta diciendo, en suma, lo siguiente:

''En el cumplimiento de mi deber en las dos instancias, estuve siempre atendiendo el proceso, con la pulcritud que corresponde al cumplimiento del deber, y si bien es verdad que fue excluída del proceso la esposa de mi mandante, mi representado quedó abandonado en los fallos dentro del espíritu recto de la Ley, y en la sentencia no se expresa, ni clara ni determinantemente, cuáles son los hechos que se consideran probados y cuando hablo de la sentencia, me refiero a las dos instancias, es decir a la que se dictó en agosto 12 de 1960 y a la que se dictó por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en febrero 15 de 1961''.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, en el concepto que emitió para responder al traslado de la demanda, sostiene que como lo ha reiterado la jurisprudencia, en los juicios con intervención del Jurado no procede la causal 2ª de casación y así pide que el fallo acusado no se invalide con fundamento en esa causal. Respecto a la invocada causal 5ª consigna lo que a continuación se copia:

''Conocido el decir del actor, este Despacho cree tener razón al calificar de simplemente gratuito el segundo cargo formulado al fallo de segunda instancia. Por lo demás, la disertación hecha en torno a cómo debe proferirse una sentencia, en cuántas partes se divide la misma y qué es lo que principalmente debe contener cada una de esas partes, apenas si vale como disertación, porque lo evidente es que el proveído dictado en este asunto por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, es claro y contiene una exacta relación de los acontecimientos que dieron origen al proceso. Además, en él se consignan en forma separada los motivos de hecho que dan fundamento a las apreciaciones o consideraciones jurídicas que en seguida se puntualizan, para terminar con la lógica imposición de las respectivas sanciones al autor y responsable de la muerte de Simón Parra, todo lo cual significa que el *ad quem* ''sí llenó aunque sintéticamente los requisitos constitucionales y legales referentes a la redacción de los fallos definitivos''.

SE CONSIDERA:

Como puede apreciarse en la transcripción que se hizo, la cual corresponde a la esencia misma de los argumentos que se proponen para sustentar la causal 2ª de casación, el recurrente pretende que con base en ese motivo de impugnación, la Corte desconozca, por contrario a la evidencia de los hechos, el veredicto del Jurado, y luego proceda a confrontar el fallo acusado con la prueba recaudada en el expediente y así concluya en que el señor Samuel Clavijo causó la muerte del señor Simón Parra en el ejercicio del derecho de legítima defensa, o, al menos, dentro de una riña imprevista, y en este orden invalide la sentencia recurrida y entre a dictar la que deba reemplazarla, bien sea absolviendo al procesado conforme a la tesis de la legítima defensa, o aplicando la pena atenuada del artículo 384 del Código Penal de acuerdo con el presupuesto de la riña imprevista. Estas pretensiones, como es obvio, no son admisibles.

En efecto, de conformidad con el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, la facultad de desconocer el veredicto, por contrario a la evidencia de los hechos, es exclusiva de los Jueces Superiores y de los Tribunales de Distrito Judicial y, por lo tanto, ella no puede extenderse a la Corte, porque, las funciones de las entidades judiciales, como lo ha recalcado esta misma Corporación, en reiterada jurisprudencia, "están limitadas a lo expresamente establecido en las leyes", y éstas, en verdad, no facultan a los jueces distintos de los de instancia para pronunciarse sobre el particular.

Respecto de la solicitud para que la Corte, con prescindencia del veredicto, entre a confrontar la sentencia acusada con la prueba del proceso y en ese orden reconozca la legítima defensa que se aduce en la demanda o la modalidad de riña imprevista, para luego invalidar ese mismo fallo y proceder a dictar otro que se acople a cualquiera de esas dos situaciones, apenas cabe anotar que si a ello se accediera, sin duda alguna se violaría la forma sustancial, en los juicios con Jurado, que es su intervención, la cual sólo puede expresarse en el veredicto que expida. No procede, pues, la causal 2ª invocada.

La causal 5ª, como lo expresa el señor Procurador, se aduce en la demanda en forma caprichosa, puesto que, de una parte, no se fundamenta y, de la otra, la verdad es que el fallo acusado, como puede apreciarse con su simple lectura, reúne, con toda claridad y precisión, los requisitos de forma exigidos en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal. De consiguiente, tampoco procede este otro motivo de impugnación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 15 de febrero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó, en definitiva, al señor Samuel Clavijo Jibaro, como responsable del delito de homicidio en el señor Simón Parra Martínez, a la pena de *ocho años de presidio* y accesorios correspondientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Fioquinto León, Secretario.

DELITOS DE DOBLE HOMICIDIO, ROBO Y LESIONES PERSONALES

Infracciones intencionales e infracciones culposas. Intención como sinónimo de propósito. El dolo dentro de la llamada 'teoría de la voluntad'. Causales 4ª y 1ª de casación.

El artículo 12 del Código Penal dice que las infracciones cometidas por personas no comprendidas en el artículo 29 de la misma obra, "son intencionales, o culposas", lo que quiere decir que el fundamento del dolo, en su carácter de elemento subjetivo del delito, según ese precepto, en donde se recogen los principios jurídicos al respecto, es la intención, término que incluso en su acepción gramatical, se confunde con propósito, ya que éste aparece definido en el Diccionario de la Real Academia, décima sexta edición, como "ánimo o intención de hacer o de no hacer una cosa". De otra parte, la verdad es que la equivalencia de los dos vocablos se recoge en el lenguaje ordinario de las gentes, las cuales lo entienden, aun en el campo de las no cultivadas, como sinónimos y así los aplican, hecho que es esencial en el tema de que se trata, puesto que las palabras de la ley, al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, "se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras". Por lo demás, también es evidente que en la jurisprudencia se ha venido aceptando la misma sinonimia, y así puede citarse, por ejemplo, la siguiente:

"La intención —se puede decir— es el camino que la voluntad puede seguir hacia la realización de un fin determinado, que en la esfera del derecho penal puede constituír un daño para la sociedad. En estos casos existe una correspondencia absoluta entre el propósito o intención criminal —elemento subjetivo del delito— y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de norma penal, constituyen el delito en su acepción general".

Ahora, como aparece en las actas de la Comisión Redactora del Código, la división de las infracciones en intencionales y culposas se acogió teniendo en cuenta "que al hablar de intención se comprende también la voluntad del acto y su resultado", que es precisamente en lo que consiste el dolo dentro de la llamada teoría de la voluntad, contrapuesta a aquella otra que se designa como teoría de la representación, de las cuales se recogió la primera, donde se destaca la referencia a la voluntad de la acción del autor, como base para la estructura del dolo dentro del Código Penal.

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 9 de diciembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a los procesados José Orlando Lozano Reyes y José Vaquiro o Leal, como responsables de los delitos de doble homicidio, robo y también doble delito de lesiones personales, a la pena de *veintidós años de presidio* cada uno y accesorias correspondientes.

HECHOS:

A eso de las siete y media de la noche del 10 de mayo de 1951 se presentaron varios sujetos armados, entre ellos los señores José Orlando Lozano y José Vaquiro o Leal, a la casa de la finca llamada El Jardín, ubicada en la fracción

rural de Macule, comprensión del Municipio de Ortega, y como su dueño, el señor Modesto Rayo Rojas, quien se encontraba para recogerse con su familia, al darse cuenta de que se trataba de maleantes, emprendiera carrera para huír del grave peligro, de un disparo lo hirieron en forma tan grave que en el amanecer del día siguiente falleció. En seguida de este primer delito los mismos sujetos se entregaron al saqueo y destrucción del modesto hogar, empresa en cuyo desarrollo se apoderaron de $ 240.00 y de algunos objetos y enseres para luego pasar a destrozar otros y terminar con la monstruosa decapitación del niño de apenas doce años de nombre José de Jesús Rayo, no sin también haber herido a machetazos a la señora Pureza de Rayo y de un tiro de escopeta al menor Pedro Pablo Rayo.

CALIFICACION DE LOS HECHOS:

En auto del 15 de diciembre de 1958 el Juzgado 3º Superior de Ibagué llamó a juicio a los procesados José Orlando Lozano y José Vaquiro como coautores de los homicidios causados en el señor Modesto Rayo Rojas y su hijo José de Jesús Rayo, especificando en la parte motiva de la providencia que esos delitos tomaban la denominación de asesinatos en fuerza de que con respecto a ambos concurrían la premeditación acompañada de motivos bajos e innobles y el aprovechamiento de las condiciones de indefensión e inferioridad de las víctimas, vocación que comprendió, dentro de la misma esfera de coautoría, el delito de robo en la modalidad agravada que prescriben los ordinales 1º y 2º del artículo 404 del Código Penal, y los delitos de lesiones personales perpetrados en la señora Pureza de Rayo y su hijo Pedro Pablo Rayo. Este enjuiciamiento, en todas y cada una de sus determinaciones, lo confirmó el Tribunal Superior de la predicha ciudad en su proveído del 8 de octubre de 1959, por cuya razón, en la debida oportunidad, se propusieron al Jurado con relación a Lozano Reyes, que es el recurrente, los siguientes cuestionarios, iguales en su elaboración y respuesta a los que se hicieron respecto de José Vaquiro:

"CUESTION: 'El acusado José Orlando Lozano Reyes es responsable de haber ocasionado la muerte, en su calidad de Coautor, a Modesto Rayo Rojas, por medio de dos disparos hechos con arma de fuego (escopeta), el primero situado en la cara posterior del antebrazo derecho, tercio inferior y cara posterior de la mano del mismo lado, con orificios de salida en la cara anterior del antebrazo y mano derechos; y el segundo, en el flanco derecho, con seis orificios producidos por proyectiles agrupados en una superficie de 10 cmts. de diámetro, que lesionaron la piel, tejido celular subcutáneo, músculos de la pared abdominal, peritoneo parietal y diez perforaciones intestinales y seccionaron arterias mesentéricas que trajeron como consecuencia su fallecimiento momentos después, por anemia aguda, debido a la sección de las arterias mesentéricas; *hecho ejecutado por el acusado de manera intencional,* aprovechándose de las condiciones de indefesión e inferioridad de la víctima, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, ocurrido a eso de las 8 p. m. del 10 de mayo de 1951, en la casa de la habitación de la víctima denominada 'El Jardín' ubicada en la fracción de 'Macule' del Municipio de Ortega, de este Distrito Judicial?'."

"RESPUESTA: 'Sí es responsable'."

"CUESTION: 'El acusado José Orlando Lozano Reyes es responsable, en su calidad de coautor de haber ocasionado la muerte al menor de 12 años de edad, José de Jesús Rayo Rayo, por medio de una herida hecha con arma cortocontundente, de 20 cmts. de longitud, 5 cmts. de ancha y 12 cmts. de profundidad, situada en la región superior de la nuca, que interesó piel, tejido celular subcutáneo, aponeurosis, planos musculares de la región y seccionó la médula a nivel del axis con tercera vértebra cervical, que trajo como consecuencia su fallecimiento inmediato, por la sección de la médula; *hecho ejecutado por el acusado de manera intencional,* aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, ocurrido a eso de las 8 p. m. del 10 de mayo de 1951, en la casa de habitación de la víctima denominada 'El Jardín', ubicada en la fracción de 'Macule' del Municipio de Ortega, de este Distrito Judicial?'."

"RESPUESTA: 'Sí es responsable'."

"CUESTION: 'El acusado José Orlando Lozano Reyes es responsable en su calidad de coautor de haberse sustraído bienes de propiedad de Modesto Rayo y su familia, sin consentimiento de ellos, delito este agravado, ya que se cometió mediante violencia a las personas, en lugar despoblado, con armas, siendo sus autores más de tres y con el propósito de obtener para sí un lucro indebido; hecho ocurrido a eso de las 8 p. m. del 10 de mayo, de 1951, en la finca denominada 'El Jardín', ubicada en la fracción de 'Macule',

del Municipio de Ortega, de este Distrito Judicial?'.''

''RESPUESTA: 'Sí es responsable'.''

''CUESTION: 'El acusado José Orlando Lozano Reyes es responsable, en su calidad de coautor de haber ocasionado a Pureza R. de Rayo, cinco heridas hechas con arma cortante-pesada, la primera de 8 cmts. de longitud situada sobre la región parieto-occipital derecha; la segunda sobre el parietal izquierdo, de 16 cmts. de longitud; la tercera sobre el cuello; la cuarta de 12 cmts. de longitud, sobre el tercio del antebrazo derecho; y la quinta, en el antebrazo izquierdo que le produjeron una incapacidad de 20 días, quedándole defecto físico permanente visible y perturbación funcional irreparable; *hecho ejecutado por el acusado de manera intencional;* aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, ocurrido a eso de las 8 p. m. del 10 de mayo de 1951, en la casa de habitación de la víctima denominada 'El Jardín' ubicada en la fracción de 'Macule' del Municipio de Ortega, de este Distrito Judicial?'.''

''RESPUESTA: 'Sí es responsable'.''

''CUESTION: 'El acusado José Orlando Lozano Reyes es responsable, en su calidad de coautor de haber lesionado al menor Pedro Pablo Rayo, por medio de un disparo hecho con arma de fuego (escopeta), cuyos proyectiles se localizaron en diferentes partes del cuerpo, en especial en el tercio superior del antebrazo derecho y sobre la región abdominal, que le ocasionaron una incapacidad de 8 días; *hecho ejecutado por el acusado de manera intencional,* aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, ocurrido a eso de las 8 p. m. del 10 de mayo de 1951, en la casa de habitación donde vivía la víctima, denominada 'El Jardín', ubicada en la fracción 'Macule' del Municipio de Ortega, de este Distrito Judicial?'.''

''RESPUESTA: 'Sí es responsable'.''

En sentencia del 27 de mayo del año pasado, el expresado Juzgado de conocimiento, con fundamento en el veredicto del Jurado, igual para uno y otro de los dos procesados, según se advirtió, los condenó a la pena principal de veintidós años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de Ibagué confirmó en el suyo del 9 de diciembre también del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda de casación, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente señor José Orlando Lozano Reyes, por conducto de su apoderado, invoca dentro del orden que se enuncian, las causales previstas en los ordinales 4º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Con apoyo en la causal 4ª se formulan al fallo acusado cinco cargos, así:

a) ''Estando suficientemente demostrado que el cuestionario sometido al Jurado que se reunió para juzgar a José Orlando Lozano Reyes, no se incluyó el *''propósito de matar''* el Tribunal no podía dictar la sentencia condenatoria impugnada ante la honorable Corte, por medio de la presente demanda, motivo por el cual se quebrantó el artículo 26 de la Carta que ordena observar 'la plenitud de formas propias del juicio', esto, es, redactar los cuestionarios conforme al mandato contenido en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Por tal motivo, deberá decretarse la invalidación del juicio por haberse operado en el procedimiento segundo un (sic) nulidad supralegal''.

b) El recurrente pretende que hubo dos investigaciones con respecto a los hechos a que se contrae el proceso, una con base en la denuncia del señor Modesto Rayo, la cual fue adelantada por la Inspección Departamental de Policía ''Olaya Herrera'', y otra diligencia por la alcaldía del Municipio de Ortega, agregando que el concepto Fiscal para la calificación de los hechos sólo apreció las pruebas de la primera investigación, ya que el cuaderno donde aparecían las de la segunda, sólo vino a agregarse al proceso después del llamamiento a juicio. Fundado en estas observaciones, el recurrente concluye en que ''se quebrantó el artículo 26 de la Carta''.

c) ''En los delitos contra la propiedad, es indispensable avaluar por medio de peritos los objetos, que fueron materia de la infracción o se establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados, (art. 314 del C. de P. P.).

''En el caso de autos, no se estableció el valor de los bienes sustraídos a la familia Rayo, y a pesar de ello, se interrogó al Jurado sobre el delito de robo, en el cuestionario propuesto sin antes dar cumplimiento a la norma atrás citada lo que determinó la producción de otra nulidad supralegal en el juicio''.

d) En sentir del recurrente, la acción penal respecto del robo y de los dos delitos de lesiones personales porque se juzgó a Lozano Reyes, esta-

ba prescrita para el momento en que se le llamó a juicio y entonces surge aquí, "otra nulidad supralegal, la del artículo 26 de la Carta, por haberse impuesto a mi defendido una pena cuando se carecía de esa necesaria facultad".

e) Sobre la base de que los asaltantes de la casa de la familia Rayo fueron varios, el recurrente sostiene que ha debido reconocerse, en relación con Lozano Reyes, la figura de la complicidad correlativa prevista en el artículo 385 del Código Penal, punto que luego comenta, en el objetivo de plantear una nueva nulidad, así:

"En materia penal, el imputado tiene el derecho inalienable a que en su juzgamiento se busque la norma más favorable de preferencia a la restrictiva o desfavorable —Artículo 26 de la Carta y 5º del Código de Procedimiento Penal. En el caso de autos el señor Juez del conocimiento quebrantó tales preceptos desde el momento que calificó el negocio, puesto que ha debido reconocer a favor de Orlando Lozano las modalidades consagradas en el citado artículo 385 del Código Penal, por ser norma más favorable a los intereses del procesado. Tampoco se resolvió toda duda a favor de Lozano, con lo que se violó el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal. Nada resolvió el Tribunal sobre la condena condicional y perdón judicial (Regla 6ª del art. 159 del C. de P. P.)".

Con apoyo en la causal primera, el recurrente hace al fallo impugnado dos cargos, el primero de los cuales plantea en la forma siguiente:

"Al Jurado se le inquirió sobre la responsabilidad penal de Orlando Lozano Reyes, por un delito de lesiones personales, cometido en la señora Pureza Rayo vda. de Rayo, y a Pedro Pablo Rayo, hecho cometido el 10 de mayo de 1951. Tal cuestionario fue contestado afirmativamente por el Jurado y el señor Juez dictó sentencia condenatoria con base en tal veredicto. Por la fecha en que quedó en firme el auto de proceder, ya había trascurrido un término de más de 8 años (16 de octubre de 1959) la acción penal estaba prescrita no siendo legal por tal motivo el llamamiento a juicio, ni la sentencia que se dictó, motivo por el cual el Tribunal desconoció las normas de los artículos 105 y 106 del Código Penal y dio indebida aplicación al artículo 203 del Código de Procedimiento Penal y al artículo 374 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el artículo 33 y 39 del Código Penal, ya que este delito determinó la pena de 22 años de presidio impuesta al enjuiciado".

El segundo cargo se aduce en la consideración de que en el fallo acusado se desconocieron las circunstancias de menor peligrosidad, referidas a la buena conducta anterior del procesado y a su falta de ilustración, las cuales aparecen consagradas en el artículo 38 del Código Penal.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en la respuesta al traslado de la demanda, expresa que el recurrente tiene razón en el primer cargo que formula al fallo acusado con invocación de la causal 4ª, "porque necesariamente su argumentación y la conclusión de ella deducida, tiene el más amplio respaldo jurídico y, por lo mismo, lo llevan a coronar con éxito pleno su propósito defensivo". Luego dice, en la demostración de su punto de vista, lo que en seguida a la letra se reproduce:

"En efecto: si se tiene en cuenta la forma como fue redactado el cuestionario, no es posible colegir la clase de intención criminal que abrigó el acusado al obrar porque ninguna intención, cierta y determinada, dedujo el Jurado de conciencia al responder. Las respuestas ciertamente afirmativas que dio éste, resultan tan equívocas como equívoco el contenido de las preguntas que se le formularon; porque el inquirir si el acusado actuó intencionalmente al dar muerte a su prójimo, y contestar que sí, son cosas vagas o imprecisas, que por sí mismas dan lugar a conjeturar que el propósito delictivo bien pudo ser el de dar muerte, o, por el contrario, el de lesionar simplemente, etc., etc., con el ítem de que no es debido concluír que toda causal de justificación haya quedado descartada con semejante clase de veredicto.

"Lo propio puede predicarse con relación a las preguntas relativas a los delitos de lesiones personales.

"Es por esto por lo que estima este Despacho que en el caso de autos no se interrogó a los Jueces de conciencia sobre el motivo determinante o sobre el dolo específico que pudo mover el brazo homicida y heridor, lo que por fuerza da lugar a reconocer que la plenitud de las formas propias de un juicio criminal de la clase del presente, no fueron observadas".

Y más adelante, a continuación de que transcribe un concepto anterior de la Procuraduría sobre el mismo tema, agrega:

"Lógica consecuencia de lo expuesto en torno al primero y fundamental cargo formulado contra el fallo del *ad quem*, es que el artículo 26 de la Constitución Nacional ha sido manifiestamen-

te violado con la arbitraria y deficiente manera como fue redactado el cuestionario sometido a la consideración del Jurado.

"Confrontando dicha violación, es más que obvio que la causal cuarta de casación alegada, tenga pleno fundamento.

"Y si tiene asidero dicha causal, igualmente es el caso de que este Despacho prescinda de analizar uno y otro de los restantes cargos hechos al fallo, como que existiendo, como existe en su entender, una nulidad de carácter supralegal, que como tal produce efectos radicales de invalidación de buena parte del juicio seguido (favoreciéndose también con ella el procesado no recurrente), las restantes acusaciones basadas en la misma causal, invocada subsidiariamente, pierden su significación".

SE CONSIDERA:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal, las infracciones cometidas por personas no comprendidas en el artículo 29 de la misma obra, "son intencionales o culposas", lo que quiere decir que el fundamento del dolo, en su carácter de elemento subjetivo del delito, según ese precepto, en donde se recogen los principios jurídicos al respecto, es la intención, término que incluso en su acepción gramatical, se confunde con propósito, ya que éste aparece definido en el Diccionario de la Real Academia, Décima Sexta Edición, como "ánimo o *intención* de hacer o de no hacer una cosa". De otra parte, la verdad es que la equivalencia de los dos vocablos se recoge en el lenguaje ordinario de las gentes, las cuales los entienden, aun en el campo de las más cultivadas, como sinónimos y así los aplican, hecho que es esencial en el tema de que se trata, puesto que las palabras de la ley, al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, "se entenderán en su sentido natural y obvio, *según el uso general de las mismas palabras*". Por lo demás, también es evidente que en la jurisprudencia se ha venido aceptando la misma sinonimia, y así puede citarse, por ejemplo, la siguiente:

"La intención —se puede decir— es el camino que la voluntad puede seguir hacia la realización de un fin determinado, que en la esfera del derecho penal puede constituír un daño para la sociedad. En estos casos existe una correspondencia absoluta entre el *propósito o intención criminal* —elemento subjetivo del delito— y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal constituyen el delito en su acepción general".

Ahora, como aparece en las Actas de la Comisión Redactora del Código, la división de las infracciones en intencionales y culposas se acogió teniendo en cuenta "que al hablar de intención se comprende también la voluntad del acto y su resultado", que es precisamente en lo que consiste el dolo dentro de la llamada *teoría de la voluntad,* contrapuesta a aquella otra que se designa como teoría de la representación, de las cuales se recogió la primera, donde se destaca la referencia a la voluntad de la acción del autor, como base para la estructura del dolo dentro del Código Penal.

Las razones expuestas obligan el rechazo del primer cargo que se formula a la sentencia acusada con apoyo en la causal 4ª, el cual, presentado por el recurrente, fue acogido por el señor Procurador, ya que en su sentido y alcances, daba lo mismo que en los cuestionarios, relativos a los homicidios, se preguntara sobre la base de propósito de matar o intención de matar, como se hizo.

El sumario iniciado en la Inspección de Policía de Olaya Herrera al día siguiente de ocurridos los hechos, en acto de inexplicable incuria, permaneció abandonado en el Comando de la Sexta Brigada de Ibagué hasta que, conforme a auto del 27 de junio de 1958, se ordenó pasarlo al repartimiento de los Jueces Superiores de la misma ciudad.

En esa situación, el señor Pedro Pablo Rayo, hijo y hermano de las dos personas asesinadas el 10 de mayo, acaso convencido de que aquel negocio se hubiera perdido, con fecha 31 de diciembre de 1957, formuló denuncia, por los mismos sucesos, ante la Alcaldía del Municipio de Ortega, donde se dictó auto cabeza de proceso y se practicaron algunas pruebas con las que se formó un cuaderno que fue enviado al Juez de conocimiento, quien lo recibió después de cerrada la investigación con base en el expediente originario y ya cuando el Ministerio Público había emitido concepto para la calificación del sumario.

El predicho cuaderno se contrae a parte de las pruebas que ya obraban en el expediente que se comenzó a levantar al día siguiente de los sucesos. No existe en él ningún elemento de juicio que pueda revestir el carácter de nuevo, y entonces carece de todo fundamento pretender, como se sugiere, en la demanda, que de haber sido conocido el contenido de ese cuaderno, el concepto del Ministerio Público podría haber sido distinto. Por lo demás y en el mismo objetivo de desechar el segundo cargo que se hace al fallo acusado con apoyo en la causal 4ª, cabe observar que el citado cuaderno lo tuvo a su con-

sideración el Juzgado de instancia al hacer la calificación de los hechos, y el Jurado y las partes en la audiencia pública. No existió, pues, ninguna restricción en los derechos de la defensa y, por lo tanto, no se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, como se afirma en la impugnación.

Dentro del proceso aparece claramente establecido que los asaltantes de la casa de la familia Rayo se apoderaron de la suma de $ 240.00. El robo comprobado es, pues, en esa cuantía, la cual para ser acreditada, como es comprensible, no requería diligencia de avalúo. No procede, en consecuencia, este otro cargo.

El robo a que se contrae el proceso, como lo acredita toda la prueba, es agravado, en fuerza de haberse consumado con el empleo de armas y, por lo tanto, la pena máxima con que está previsto es la de catorce años de presidio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 404 del Código Penal. No se encontraba entonces, prescrita la acción penal con respecto a ese delito para el momento del llamamiento a juicio.

La señora Pureza de Rayo sufrió lesiones, según el reconocimiento médico a que fue sometida, que le causaron veinte días de incapacidad y le dejaron como secuela una "perturbación funcional irreparable". La pena máxima para ese delito, de conformidad con el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal, es la de seis años de presidio, lo que quiere decir que la acción penal con relación a ese ilícito se encontraba prescrita para la fecha del llamamiento a juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 de la citada obra.

El señor Pedro Pablo Rayo, también de acuerdo con el reconocimiento médico, sufrió lesiones de ocho días de incapacidad. La pena máxima, en consecuencia, según el artículo 372 del Código Penal es de diez y ocho meses de arresto. La acción penal, por ende, estaba prescrita para la fecha del llamamiento a juicio, al tenor del predicho artículo 105 de la misma obra.

En estos términos sería del caso invalidar parcialmente la sentencia recurrida para prescindir, en la condenación de los dos delitos de lesiones a que se acaba de hacer referencia, los cuales se consumaron en conexidad con los asesinatos y el robo expresados, y obran con ellos en concurso material. Pero como esos tres delitos principales por sí solos son acreedores a los veintidós años de presidio que se aplican a los procesados, esa invalidación parcial del fallo se hace inoficiosa.

La complicidad correlativa de que habla la demanda en la formulación de los cargos al fallo acusado con apoyo en la causal 4ª, no fue reconocida en el auto de proceder y, por lo mismo no era del caso proponérsela al Jurado dentro de los cuestionarios que dieron lugar a su veredicto.

Esa figura solo podría discutirse en el recurso de casación, sobre la base de un examen de la prueba, a través de la causal 2ª, la cual no se invoca en la demanda ni tampoco es aducible en los juicios con intervención del Jurado.

En el primer cargo que se hace al fallo recurrido con fundamento en la causal 1ª, se vuelve a hablar del fenómeno de la prescripción, planteado como cuarto cargo a través de la causal 4ª. Allí se estudió ese problema y lo que se dijo es valedero para este punto, traído de nuevo con apoyo en la causal 1ª.

En sentir de la Sala, la pena de veintidós años de presidio, impuestos en la sentencia impugnada, sólo se explica sobre la base de la buena conducta de los procesados y a su falta de ilustración.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, materia de examen en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. CAUSAL CUARTA DE CASACION PENAL.

Las normas de procedimiento señaladas en el Decreto Legislativo 012 de 1959, no son pertinentes porque el trámite señalado en dicho estatuto no puede tener efecto retroactivo, sin violar lo previsto en el artículo 26 de la Constitución Nacional y porque el delito de Falsedad en Documentos y los demás delitos contra la fe pública (Título VI del Libro 2º del Código Penal) no están comprendidos en la relación taxativa que el mencionado Decreto hace en su artículo 1º. Aplicación de nuevas normas de procedimiento. Nulidades.

1. Esta Sala, en providencias de 23 y 24 de agosto de 1961 y en la de 20 de octubre de este año, ha expresado que "el Decreto extraordinario número 012 de 4 de octubre de 1959, en su artículo 1º, enumera taxativamente los delitos sometidos al procedimiento establecido en ese estatuto...".

De consiguiente, como el delito de Falsedad en Documentos, por el cual fue condenado en primera instancia el procesado, no aparece en esa relación taxativa que el Decreto 012 de 1959 hace en el referido artículo, por esta segunda razón cabe concluír que el trámite cumplido por el Juzgado Superior de Armenia no era el pertinente, si se atiende a la calificación delictiva hecha en su fallo.

2. El Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia impugnada, cambió la calificación de Falsedad en Documentos señalada en el fallo del a quo, para condenar al procesado por abuso de confianza (art. 415 del Código Penal), ciñéndose en el trámite de la segunda instancia a las previsiones del Código de Procedimiento Penal, salvo en lo que señala el inciso segundo del parágrafo del artículo 19, del Decreto 012 de 1959, atendiendo a lo que indica el artículo 16 de este estatuto.

Si se considera que no puede el ad quem pretermitir la primera instancia seguida en el caso de autos por el delito de Falsedad en Documentos, para el cual no son pertinentes los trámites del Decreto 014 de 1955, ni los del Decreto 012 de 1959 según se dejó visto, sino las normas del Código de Procedimiento Penal, en el que se prevé, entre otras normas, la del llamamiento a juicio del procesado (art. 429), es claro que el ad quem no podía condenar por el delito de Abuso de Confianza en un proceso en que se había proferido sentencia de primera instancia, por el delito de Falsedad en Documentos.

3. Es indudable que los yerros de procedimiento en que se ha incurrido en este proceso afectan el derecho de defensa del sindicado como que en ningún momento tuvo seguridad alguna de los cargos porque se le juzgaba en las instancias: primero se le detuvo preventivamente por Abuso de Confianza; luego el Tribunal Superior de Pereira señaló que el delito que le era imputable era el de Falsedad en Documentos, al revisar el auto de excarcelación precautelativa. Posteriormente fue condenado por el a quo, por esta última infracción penal; y, por último, el ad quem lo condenó por Abuso de Confianza.

4. Naturalmente al considerar el Tribunal Superior de Pereira pertinente el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, aun para el delito de Falsedad en Documentos, (incurriendo en el mismo yerro en que cayó el a quo), se encontró imposibilitado para declarar la nulidad de que se ha hecho referencia, en razón de lo dispuesto por el artículo 22 de dicho estatuto, según lo cual no pueden alegarse otras causales de nulidad distintas de la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería en el querellante. Y es ésta otra razón para afirmar

que el yerro del ad quem, al aplicar las previsiones del Decreto 012 de 1959 en este asunto, afectó el derecho de defensa del procesado, pues hizo impertinente la declaratoria de nulidad ya señalada, que al Tribunal Superior de Pereira correspondía hacer.

5. Respecto a la aplicación de la ley procesal más favorable al sindicado cabe transcribir las siguientes doctrinas de la Corte:

"Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley solo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del procesado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringirá en perjuicio de éste". (Sentencia de 13 de Sept. de 1945, G. J. LIX, p. 539).

"A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior", (Autos de 22 de septiembre de 1950, G. J. LXVIII, pág. 232, y de 29 de Sept. de 1950, G. J. LXVIII, pág. 271).

6. Es cierto que la Corte expresó en sentencias de 2 de octubre de 1947 (G. J. T. LXIV, p. 148), y de 9 de febrero de 1954 (G. J. T. LXXVII, p. 185), que "la invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación ni su estudio obliga a la Corte". Sin embargo, esta doctrina ha sido posteriormente rectificada en numerosas providencias, al ocuparse la Sala del examen de la causal 4ª de casación aun respecto de cargos no hechos en las instancias, porque, de otra manera este evento de casación quedaría prácticamente desvirtuado.

Esta Sala ha expresado reiteradamente que "cuando en la demanda de casación se invoca, entre otras causales, la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ésta debe estudiarse en primer término, porque si prospera resulta improcedente la revisión de las otras".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplidos los trámites correspondientes, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de 12 de septiembre de 1960, por la cual fue condenado Flavio Escobar de la Cruz a la pena de un año de prisión, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de abuso de confianza.

HECHOS:

Los concreta el juzgador *ad quem* en la forma siguiente:

"El señor Moisés Sabogal Novoa, comerciante cafetero de Calarcá y su señora Filomena Varela de Sabogal, el 3 de septiembre de 1955, suscribieron a favor del Banco de Bogotá —Sucursal de Calarcá— un pagaré por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) M. Cte., dinero que habían recibido en mutuo, con vencimiento al 1º de marzo de 1956. Al día siguiente a la extinción del plazo, el señor Sabogal abonó a la entidad acreedora la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) M. Cte. y obtuvo una prórroga para pagar el saldo insoluto de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) M. Cte. hasta el 3 de septiembre de ese mismo año de 1956.

"A fines de agosto de ese año, el deudor Sabogal acudió nuevamente al Banco, con el fin de solicitar una nueva prórroga, siendo atendido por el gerente interino, señor Flavio Escobar, quien accedió a concedérsela siempre que firmara con nuevo fiador solidario y aceptable, dos nuevos pagarés, por las sumas de diez y quince mil pesos, con vencimiento a tres y seis meses de plazo, respectivamente.

"Tal operación se hizo, firmando como codeudor el señor José Dolores Marulanda junto con el señor Sabogal dos esqueletos de pagarés en blanco, lo mismo que sendos cheques de gerencia también en blanco, el 1º de septiembre de 1956, pero al regresar el señor Sabogal al Banco uno o dos días después, el gerente interino, señor Flavio Escobar, le informó que de acuerdo con la Junta Directiva sólo se había confeccionado uno de los pagarés por la suma de veinticinco mil pesos, con seis meses de plazo, lo que dió lugar a que Sabogal le exigiera la devolución de los otros esqueletos firmados en blanco con

el señor Marulanda, a lo cual respondió el gerente, que los había destruído.

"Vencido el plazo del pagaré por veinticinco mil pesos, que lleva por número 4002 y por fecha el 3 de septiembre de 1956, el deudor Sabogal lo canceló, quedando a paz y salvo, por todo concepto con el Banco acreedor.

"Así las cosas, en los primeros días de junio de 1957, el señor Sabogal fue noticiado por el mensajero del citado Banco, que debía de presentarse a dicho establecimiento a cubrir una obligación pendiente, llamado al cual acudió justamente extrañado para tener la sorpresa de que el gerente Flavio Escobar le notificara que debía cancelar un pagaré por la suma de veintiocho mil pesos ($ 28.000.00) M. Cte., por cuenta y a nombre de su hermano Pablo Sabogal, lo que dio lugar a la protesta airada de don Moisés, advirtiéndole que él no había contraído esa obligación, pero el gerente lo tranquilizó diciéndole que eso se arreglaría satisfactoriamente.

"Cuando de nuevo volvió don Moisés al Banco para inquirir por el problema planteado, ya había asumido la Gerencia el titular, señor Abelardo Rico, por lo cual Sabogal tuvo que recurrir a los servicios del doctor Gonzalo Toro Patiño, para que se entendiera con el nuevo Gerente, a fin de esclarecer lo ocurrido, pero el señor Rico le informó al abogado antes nombrado que se trataba de una obligación solidaria suscrita por don Moisés y su hermano Pablo Sabogal y que todo se encontraba ajustado a la más estricta ética bancaria, por lo cual Toro Patiño abandonó sus gestiones y aconsejó a don Moisés no insistir en sus reclamaciones.

"Los hechos anteriores dieron lugar a la denuncia criminal que el ofendido elevó ante el señor Juez Penal del Circuito de Calarcá, en escrito fechado el 5 de agosto de 1957, al cual acompañó dos declaraciones extrajuicio rendidas por él y por el señor José Dolores Marulanda y dos certificados expedidos por el señor Juez Civil del Circuito de Calarcá.

"El escrito de denuncia, dice lo siguiente:

'Yo, Moisés Sabogal Novoa, poseedor de la C. de C. Nº 847071, expedida en Calarcá y de esta vecindad, me dirijo a Ud. de la manera más respetuosa, con el fin de presentarle, en papel común, la copia de las declaraciones rendidas extrajudicialmente, a petición del doctor Benjamín Pardo Padilla, ante el Juzgado Municipal de esta ciudad, la primera por el suscrito Moisés Sabogal Novoa y la segunda por don José Dolores Marulanda, relacionadas con algunos negocios verificados con la Sucursal del Banco de Bogotá en Calarcá, con la intervención del señor Flavio Escobar, como Gerente.

'Como varios de los hechos de que se da cuenta en tales declaraciones constituyen ilícitos penales, uno de ellos el previsto por el artículo 415 del Código Penal, me permito solicitarle, muy comedidamente, que se sirva abrir la investigación correspondiente, para que se establezca la veracidad de tales hechos y se sancione a quienes resulten responsables.

'Agrego a lo dicho en mi aludida declaración —parte final— que me he dado cuenta también últimamente, que el señor Flavio Escobar, diciéndose Gerente del Banco de Bogotá —Sucursal Calarcá—, por medio de memorial fechado el 8 de mayo de este año y presentado al Juzgado Civil del Circuito de esta ciudad el 9 de julio por el señor Fernando Restrepo Morales, dizque me 'cede a título de venta, por igual valor recibido...' ...'todos los derechos que el Banco de Bogotá tiene en un juicio ejecutivo adelantado en tal juzgado contra Pablo E. Sabogal y Gilma Gómez, acumulado dicho juicio a otro de quiebra contra el mismo Pablo E. Sabogal N. que cursa también en este juzgado, procedentes tales derechos de un pagaré por cuarenta mil pesos que dizque está reducido en la actualidad, por capital, a la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) m. c.

'Tal cesión...', continúa el denunciante, según la transcripción que el *ad quem* hace en la providencia recurrida..., 'no la he negociado, ni convenido en forma alguna con el señor Flavio Escobar, ni con ninguna otra persona. La venta de que allí se habla como título de la cesión, no se me ha ocurrido jamás, jamás había soñado siquiera con ella. Es solo un simple invento, una maniobra del nombrado Escobar, que he rechazado, que no he aceptado por no corresponder a acto alguno en que mi voluntad haya intervenido ni siquiera en la forma más remota. Esta pretendida cesión del señor Flavio Escobar de un pagaré del Banco de Bogotá por valor de $ 25.000.00, por concepto de solo capital, hecha en forma tan unilateral, pienso que pueda tener su causa u origen en su acto también unilateral y además doloso de haberme confeccionado el pagaré Nº 4412, de mayo 8 del presente año...' (1957)..., "por la suma de veintiocho mil pesos ($ 28.000.00), del cual hablo en mi declaración y el que ahora se me cobra en el Circuito Civil, en juicio hipotecario. Me permito darle también este dato para efectos de la investigación pertinente.

'Además de la declaración atrás anunciada del señor José Dolores Marulanda, cuya copia en papel común acompaño, presento con este memorial de denuncia las siguientes pruebas:

'a) Un certificado expedido por el Juzgado Civil del Circuito de esta ciudad, en el cual se hace constar que en tal Juzgado cursa un juicio hipotecario, iniciado el 9 de julio del presente año por el Banco de Bogotá —Sucursal Calarcá— contra el señor Moisés Sabogal Novoa, en el cual se presentó como recaudo ejecutivo el pagaré Nº 4412 del Banco de Bogotá, Sucursal Calarcá, contra Moisés Sabogal Novoa y José Dolores Marulanda, con fecha de emisión, 8 de mayo de 1957, y de vencimiento 8 de junio de este mismo año, por la suma de veintiocho mil pesos ($ 28.000.00) m. c., extendido en la hoja de papel sellado que lleva por número oficial, en rojo, A. 7516886, el cual certificado lleva fecha cinco de agosto de 1957, y

'b) El pagaré Nº 4002, por veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) m. c., emitido en tres (3) de septiembre de 1956, con vencimiento al tres (3) de marzo de 1957, en el cual figura como acreedor el Banco de Bogotá —Sucursal Calarcá— y como deudores Moisés Sabogal Novoa y José Dolores Marulanda, extendido en una hoja de papel sellado que lleva por número oficial, en rojo, A. 7516887, o sea en la hoja siguiente en donde consta el pagaré que he impugnado de doloso y que da cuenta la certificación del Juzgado Civil del Circuito antes anunciada. Este pagaré que fue ya cancelado es el de veinticinco mil pesos a que me referí al comienzo de la contestación de la 4ª pregunta del interrogatorio de la declaración cuya copia acompaño, y en el cual se reunieron los dos que por diez y quince mil pesos había convenido inicialmente con el señor Flavio Escobar.

'La hoja de número A. 7516886...', concluye el denunciante..., 'fue la que se me dijo que se había hecho desaparecer, que se había destruído, pero que, en realidad, no se destruyó, sino que se guardó para hacer constar en ella, después sin ninguna autorización de mi parte y sí dolosamente, un mutuo de dinero que jamás intenté y que en forma alguna fue cierto' (fs. 11 y 12. t. 2º)''.

AVERIGUACION Y TRAMITE PROCESAL

Con fundamento en la denuncia del señor Moisés Sabogal Novoa el Juzgado Penal del Circuito de Calarcá dispuso abrir la correspondiente investigación penal, mediante auto de 6 de agosto de 1957 (fs. 14 a 15 del Cdn. Nº 1); aceptó la demanda de parte civil presentada por el mismo Moisés Sabogal Novoa y la representación de éste por el doctor Iván López Botero, y comisionó al Juzgado 2º Municipal de la misma ciudad para perfeccionar el sumario.

Luego de practicar numerosas diligencias y de haber sido oído en declaración de inquirir el señor Flavio Escobar de la Cruz, el instructor comisionado ordenó la encarcelación preventiva de aquél, en proveído de 21 de octubre de 1957 (fs. 74 a 76 v., del Cdn. Nº 1), por el delito de abuso de confianza. Mas como no fue posible obtener la captura del sindicado, se le declaró reo ausente y se le designó como defensor de oficio al doctor Pablo Alzate Fernández (auto de 9 de noviembre de 1957, f. 89 del Cdno. ib.).

Negada la reposición del auto de detención preventiva y surtido el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por el defensor de oficio del señor Escobar de la Cruz, el Tribunal Superior de Pereira, mediante providencia de 8 de julio de 1958 (fs. 78 a 111 del Cdno. Nº 2) dispuso confirmar el auto impugnado, al mismo tiempo que señaló, como delito imputable al sindicado, el de falsedad en documentos, en el caso previsto por el artículo 233 del Código Penal, y no el de abuso de confianza (art. 415), indicado por el *a quo*. Asimismo observó el Tribunal que no era del caso darle al proceso el trámite señalado en el Decreto 014 de 1955, atendida la calificación de falsedad en documentos, dada a los hechos averiguados.

Tampoco accedió el Tribunal Superior de Pereira a reponer su proveído, como lo solicitara el defensor de oficio del procesado (auto de 22 de abril de 1959, fs. 176 a 194 del Cdno. ib.).

Ahora bien:

Repartido el negocio al Juzgado 3º Superior de Pereira (f. 123 v. del Cdno. Nº 1), este Despacho profirió inmediatamente el siguiente auto:

''... Pereira, enero quince de mil novecientos cincuenta y ocho. De conformidad con lo establecido en el Decreto 014 de 1955 (art. 61), córrase traslado a las partes, por el término de cinco días, a fin de que aleguen...''.

Cabe anotar que esta determinación del Juzgado 3º Superior de Pereira fue tomada mucho antes de que el Tribunal Superior de la misma ciudad considerara improcedente el trámite señalado en el Decreto 014 de 1955, por estimar que los hechos imputados al señor Escobar de la Cruz constituían el delito de falsedad en docu-

mentos, en el caso previsto en el artículo 233 del Código Penal.

Posteriormente, el 11 de junio de 1959, fue remitido el proceso al Juez Superior de Armenia, "por ser de su exclusiva competencia" (f. 127 del Cdno. ib.). Y en este mismo mes fue comunicada a este juzgado la captura del señor Escobar de la Cruz (f. 128).

Ya conocida por el Juzgado Superior de Armenia las providencias del *ad quem*, de 8 de julio de 1958 y de 22 de abril de 1959, antes mencionadas, dispuso "declarar sin valor el auto de 15 de enero de 1958 dictado por el Juez Tercero Superior de Pereira, a fin de que la actuación se prosiga con arreglo a las normas legales que rigen el procedimiento ordinario" (auto de 25 de junio de 1959, f. 124 del Cdno. ib.).

Más tarde, el 27 de julio de 1959, atendiendo el informe secretarial de que al negocio "lo cobija el Decreto 012 de 4 de junio de 1959 (art. 10)", se declaró cerrada la investigación (f. 147 del mismo Cdno.) y se dispuso correr traslado a las partes para alegar, conforme a lo previsto en el artículo 3º de este estatuto.

Y, por último, el 20 de agosto de 1959, el *a quo* profirió la sentencia por la cual condena al señor Flavio Escobar de la Cruz a cuatro años de presidio, como responsable del delito de Falsedad en Documentos, providencia que, al ser revisada por el Tribunal Superior de Pereira, en razón del recurso de apelación interpuesto contra ella, fue confirmada, con las siguientes reformas: (fs. 154 a 166; y 217 a 251, Cdno. ib.).

"a) El ilícito perpetrado por el señor Flavio Escobar de la Cruz, en su calidad de Gerente del Banco de Bogotá, Suc. de Calarcá, no es 'Falsedad en Documentos', sino 'Abuso de Confianza'.

"b) La pena que se le impone no es de cuatro años de presidio, sino de un año de prisión.

. . . . . .

"c) Por haber purgado en detención preventiva un tiempo mayor al que se le impuso como pena principal, se decreta su libertad incondicional".

El magistrado, doctor José J. Jiménez A., salvó el voto, al considerar que lo pertinente es la absolución del procesado (fs. 252 a 271, del mismo Cdno. 1º).

DEMANDA DE CASACION

En escrito que obra a los folios 9 a 46 del cuaderno sexto, el doctor Agustín Gómez Prada, en representación del procesado Flavio Escobar de la Cruz, formula la demanda de casación, en la cual impugna la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de que se ha hecho mérito, con invocación de las causales 2ª y 4ª previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, señalando la últimamente citada como subsidiaria.

Sin embargo en el examen de los cargos hechos al fallo recurrido, la Sala habrá de ocuparse primero de las tachas de nulidad del proceso, pues de no prosperar el recurso por la causal segunda de casación y sí con fundamento en la cuarta, los conceptos de la Corte, dejados al ocuparse de aquella, implicarían un prejuicio para la decisión del negocio, en las instancias.

Además, porque, como lo señaló esta Sala en providencia de 21 de febrero de 1958 (G. J., t. LXXXVII, Nos. 2192, 2193, p. 238 a 243), "la técnica del recurso de casación impone estudiar las causales que se invoquen, no en el orden en que aparezcan en la demanda, sino según la mayor capacidad que cada una de ellas tenga con respecto al fin para el cual han sido establecidas. Y es indiscutible que la causal cuarta, entre las que enumera en forma taxativa el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es la que responde con más propiedad a aquella condición. Porque, alegada una nulidad que afecte el procedimiento que le sirvió de base al fallo impugnado, sería inconducente darle preferencia al examen del cargo que se refiere sólo a la aplicación de la pena, por ejemplo. Lo cual querrá decir también, que si se reconoce la existencia de esa clase de nulidad, resultaría inoficioso entrar en el estudio de los demás cargos que se le hagan al fallo o de otros motivos que se aduzcan en la demanda, por buenos que sean sus fundamentos".

Pues bien:

Dice el demandante que acusa la sentencia mencionada, así:

"*Causal segunda.* a) Por errada interpretación o apreciación de los hechos que sirvieron para tener por demostrados el cuerpo del delito y de la responsabilidad, y que señalaré en el desarrollo de esta demanda, en la sentencia se les atribuyó un valor probatorio que no tienen o se les negó en el que sí tienen, o no se les tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso.

"b) También por errada interpretación de los hechos que acreditan que no existe probado el cuerpo del delito ni la responsabilidad, y que también indicaré en el desarrollo de esta demanda, en la sentencia se les atribuyó un valor probatorio que no tienen o se les negó el que sí tie-

nen, o no se les tomó en cuenta a pesar de estar probados en el proceso.

"Estos hechos llevan...", agrega..., "a la conclusión de que no existe la prueba plena o completa de la infracción, ni la prueba plena o completa de que el procesado es responsable de ella, según lo requiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, la sentencia debe invalidarse para, en su lugar, absolver al acusado (ord. a, del art. 570 del C. de P. P.).

"*Causal cuarta.* En subsidio alego que el proceso es nulo por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, y, por tanto, por haberse seguido el proceso por un delito y haberse condenado por otro, lo que privó de medios de defensa al inculpado.

"Por tanto la actuación debe reponerse desde que se incurrió en la nulidad (ordinal b, del art. 570 del C. de P. P.).

Con respecto a esta última, dice lo siguiente el demandante:

La "nulidad tiene su fundamento en dos motivos: En haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (ord. 8º del art. 198 del C. de P. P.); y en haberse consecuencialmente pretermitido formalidades esenciales del procedimiento, que señalaré en su punto.

"En efecto:

"a) El señor Flavio Escobar de la Cruz fue denunciado por abuso de confianza (art. 415 del C. P.), según se desprende de las diligencias iniciales de este expediente (f. 13 del t. II).

"b) El Juzgado 2º Municipal de Calarcá dictó auto de detención por abuso de confianza (f. 57 del t. 1º).

"c) Pero el Tribunal, al confirmar el auto de detención, expresó que lo que había hecho el acusado era hacer 'aparecer en este instrumento (en el pagaré) a personas que no concurrieron a su formalización', hecho que 'encaja dentro del artículo 233 del Código Penal y sustrae su tramitación de las normas del Decreto 014 de 1955 (f. 111 del tomo 1º), o sea, que el delito es el de falsedad en documentos.

"d) El Juzgado Superior de Armenia, en auto de 25 de junio de 1959, ordenó continuar la actuación 'con arreglo a las normas legales que rigen el procedimiento ordinario' (f. 124 t. II), y declaró cerrada la investigación (f. 147 ibídem).

"e) Pero luego de rendido el concepto fiscal, ordenó correr traslado 'a las partes para alegar', de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 012 de 1959.

"f) En la sentencia de 20 de agosto último, el Juzgado de Armenia condenó a Escobar de la Cruz por falsedad en documentos (f. 165 del t. II).

"g) Por último, el Tribunal, en la sentencia de que se viene hablando, consideró que 'el ilícito perpetrado por el señor Flavio Escobar de la Cruz' ...no es 'falsedad en documentos' sino 'abuso de confianza'.

"Las nulidades pueden alegarse en cualquier estado del proceso y, dictada la sentencia, en el recurso de casación (art. 201 del C. de P. P.). Por eso la invoco dentro del recurso.

"Ha debido el juez, al advertir que se había incurrido en 'error relativo a la denominación jurídica de la infracción', que previene el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, 'declarar la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal' y ordenar la reposición del proceso, de conformidad con el artículo 200 del citado Código.

"El Tribunal lo que hizo fue dictar sentencia, en vez de declarar nulo lo actuado.

"Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 012 de 1959, el abuso de confianza no está comprendido entre los delitos cuyo procedimiento sea el señalado en el artículo 3º del Decreto. Por tanto, debe retrotraerse el procedimiento hasta el auto de cierre de la investigación, para que de ahí en adelante se siga la tramitación común, que es la que indica el Código de Procedimiento Penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en concepto que corre a los folios 48 a 92 del Cdno. Nº 6, luego de un extenso examen de los cargos que hace el demandante, solicita que "se declare probada la causal segunda de casación, y en subsidio la cuarta, debiendo procederse como lo indica el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

Dentro del orden de preferencia en el examen de las causales de casación alegadas, ya aludido, cabe transcribir las consideraciones del Ministerio Público respecto de la nulidad parcial del proceso, a saber:

"Si este proceso se inició por el presunto delito de abuso de confianza, el procedimento que se ha debido aplicar en su totalidad era el especial del Decreto 014 de 1955, de conformidad con el artículo 81 del citado estatuto legal. Al no hacerlo así, lógicamente no se cumplieron las formas propias que rigen este proceso en su tramitación, por lo cual resulta violado el artículo 26 de la Carta, en forma manifiesta. Pero si se trata de un delito de falsedad en documentos, se infringió el mismo precepto constitucional y por igual motivo (la no aplicación de las formas propias que rigen el adelantamiento de este proceso), porque de conformidad con la enumeración taxativa de los delitos sometidos al juzgamiento mediante el trámite del Decreto 012 de 1959 (junio 4), entre ellos no está el referido reato. En el evento de calificarse la infracción como un delito de falsedad en documentos, el procedimiento a seguir no es otro que el ordinario, comprendido en las normas del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938 y disposiciones que lo complementan y reforman).

"Lo anterior tiene la fuerza demostrativa necesaria para que, en caso de no aceptarse la demostración de la causal segunda, se declare comprobada la causal cuarta de casación y se proceda de conformidad con lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, letra *b*. Así lo conceptúa este Despacho".

REPLICA DE LA PARTE CIVIL

El doctor Iván López Botero, en su condición de apoderado de la parte civil en este negocio, en contestación a la demanda a que se refiere su escrito de los folios 94 a 123 del Cdno. Nº 6, dice, en relación con los cargos que hace el impugnante con invocación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, lo siguiente:

"El distinguido abogado recurrente en casación acusa la sentencia de 12 de septiembre proferida por el honorable Tribunal Superior de Pereira, con base en la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea, la de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

"El trámite sufrido por el proceso fue el señalado por el Decreto Extraordinario 0014 de 1955, que regula el procedimiento para los delitos contra la propiedad y, ese trámite, se cumplió rigurosamente hasta el momento de dictar sentencia de primer grado. El señor Juez Superior de Armenia consideró que el ilícito investigado era el de 'falsedad en documentos' y falló en tal sentido, acogiéndose en el trámite para el juzgamiento a lo dispuesto en el Decreto 012 de 1959, que en su artículo 10º, señaló un procedimiento especial para los asuntos de su competencia en aquellos Departamentos en donde subsiste el estado de sitio.

"Recurrida la sentencia del *a quo*, el honorable Tribunal Superior de Pereira falló en consonancia con el auto de detención dictado por el Juez 2º Municipal de Calarcá, por el delito genérico de abuso de confianza, reponiendo así la sentencia de primera instancia.

"Si el procedimiento pertinente es el señalado en el Decreto 014, como lo acepta el demandante, la declaratoria de nulidad, fundada en la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, sólo conduciría a que se vuelva a dictar sentencia por abuso de confianza, lo cual ya está hecho por el Tribunal de instancia. Es decir, por sustracción de materia nada hay que reponer o subsanar, independientemente de que, tratándose de una nulidad relativa o formal, como la invocada por el recurrente, ésta se halla subsanada por el transcurso del tiempo, ya que ella no fue alegada en niguna de las instancias del juicio.

"Al razonamiento anterior se suma la doctrina de esa Suprema Corte cuando dice: 'La invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación, ni su estudio obliga a la Corte, (Sent. 2 de octubre de 1947, LXIV, 148)'. "Esto es claro, porque la casación no es una instancia, sino un recurso.

"Tampoco puede invocarse la nulidad cuando ella no lesionó los derechos de la defensa. En el caso *sub judice*, la diferente apreciación del Juez *a quo*, por el contrario, le abrió nuevas posibilidades al procesado para alegar en su defensa, ya que, vencido el término probatorio decretado en el auto de detención, sólo restaba dictar sentencia. Igualmente es valedero el concepto de la Corte Suprema de Justicia, en doctrina de 15 de diciembre de 1950, que dice: 'Para que la nulidad constitucional prospere, es menester que no sólo se afirme que un procedimiento debió ser acogido en lugar de otro, sino que fueron violados derechos y prerrogativas especiales consagrados por la ley en beneficio del procesado'.

"De donde se concluye que la causal cuarta invocada carece de viabilidad, porque no se han

cumplido dos condiciones esenciales: Que se trate de irregularidades procedimentales que afecten o lesionen las bases mismas de la organización judicial o consagren una flagrante violación de los derechos de defensa del procesado, y, además, que se hayan alegado en las instancias.

"De conformidad con lo expuesto anteriormente, pido a esa honorable Corte Suprema no casar la sentencia de 12 de septiembre de 1960, proferida por el honorable Tribunal Superior de Pereira contra el procesado por abuso de confianza señor Flavio Escobar de la Cruz, quien actuó en perjuicio de mi representado, Moisés Sandoval Novoa".

LA SALA CONSIDERA:

Dentro del examen previo de los cargos hechos a la sentencia recurrida, con invocación de la causal cuarta de casación, la Sala toma en cuenta lo siguiente:

Las normas de procedimiento señaladas en el Decreto Legislativo 012 de 1959, aplicadas en las instancias de este proceso desde el auto del *a quo*, de 4 de agosto de 1959, por el cual se ordenó correr traslado a las partes para alegar, por el término de tres días, no son pertinentes por dos razones, de las cuales se ha ocupado la Corte en varias oportunidades, a saber:

1ª *Porque el trámite señalado en dicho estatuto no puede tener efecto retroactivo, sin violar lo previsto en el artículo 26 de la Constitución Nacional.*

Así lo estimó esta Sala, en providencias de 14 y de 15 de marzo del corriente año, de la última de las cuales cabe transcribir lo siguiente:

"Se ha entendido, con relación al artículo 26 de la Carta, que éste no consagra garantías para la persona sino en la esfera de la represión penal, vale decir, que únicamente en materia criminal consagra los tutelares principios de juicio previo, ley anterior al hecho juzgado y jueces naturales; no así en el campo del derecho privado-sustantivo y procesal donde los conflictos derivados de un tránsito de legislaciones, deben ser resueltos con aplicación del artículo 30 de la Constitución, en cuanto garantiza los "derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

"En la ley penal, tomada en su contenido sustantivo, que define los hechos punibles y determina las sanciones, el principio general de la no retroactividad rige como para el común de las leyes, pero está excepcionado por razones preponderantes, en beneficio de los infractores, para hacerla retroactiva cuando es más favorable o benigna que la ley anterior bajo cuyo imperio pudieron tener ocurrencia hechos todavía no juzgados, e incluso sentenciados.

"La consagración por el constituyente del equitativo principio de que 'la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, a que alude el inciso 2º del artículo 26, no ampara a la persona en el juicio criminal sólo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887.

"Lo que la Carta establece en cuanto a ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando, eso sí, a salvo el canon fundamental de la retroactividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

"Admitido que las normas procesales son de orden público, no sujetas a dilaciones en su cumplimiento y aplicación porque respecto de ellas no pueda hablarse de 'derechos adquiridos' que inhiban al legislador para modificar la competencia y la ritualidad de los procesos en curso, y que por la misma razón no priva la ley de procedimiento vigente al momento de la infracción, como es opinión de algunos tratadistas de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Penal, lo evidente es que, aun frente a ese supuesto que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto hace imperativo, en lo sustantivo y en lo procesal, caso de tránsito de legislaciones, aplicar la ley más favorable.

"Las leyes de procedimiento no sólo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales. Muchas de sus disposiciones, las más importantes, consagran los recursos contra las providencias judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, la asistencia profesional del acusado, los medios de defensa, los recursos extraordinarios, los motivos de detención preventiva, entre otras cosas, todas ellas tan fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden de modo esencial afectarse los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

"Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

"El alcance del artículo 26 de la Constitución y de los textos penales antes transcritos...", (artículos 1º y 3º del C. P., y 1º y 5º del C. de P. P.)..., "no permite dudar sobre las anteriores consideraciones. El juicio previo debe descansar en ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo o favorable para el acusado".

....

"En este orden de ideas, el planteamiento de nulidad supralegal..., por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, es válido, no empece a que el artículo 10 del Decreto 012 de 1959, en su ordinal c), dispone que 'a los sumarios en curso se aplicarán las normas establecidas en este decreto'.

"Desde el momento mismo en que el ordenamiento legal ostensiblemente contraviene el precepto constitucional y marca una franca incompatibilidad, la propia Carta impone al juez, cualquiera sea su categoría, adoptar para el caso concreto que decide y donde el conflicto surge, la excepción de inconstitucionalidad a que alude el artículo 215 (artículo 54 del Acto Legislativo número 1 de 1945)".

Y en la sentencia de 14 de marzo de 1961 se dijo lo siguiente:

"El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta.

"No se necesita hacer un gran esfuerzo comparativo para concluír que el procedimiento establecido por el Decreto 012, aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia.

"Como acertadamente lo anota el recurrente, el Decreto 012 suprime el término probatorio establecido en el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, la audiencia pública y consecuencialmente el cargo de vocero así como el jurado de conciencia. Pero no es esto sólo, sino que además suprimió los recursos de apelación contra los autos de detención y contra los que rechacen la práctica de pruebas (arts. 5 y 15) y los careos; también restringió las causales de nulidad establecidas en el Código de Procedimiento Penal, reduciéndolas a las de incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería. Pero estas restricciones, con todo, no es lo más desfavorable u odioso que contiene el precitado decreto, sino que al suprimir, además, la calificación del sumario, y por lo tanto, el auto de proceder, prácticamente eliminó el juicio penal propiamente dicho, al borrar la separación de las etapas del proceso, entre el sumario y la causa...".

Cabe, pues, concluír que por esta primera razón no era pertinente en este negocio el trámite señalado en el Decreto 012 de 1959, pues los hechos por los cuales se juzga al señor Flavio Escobar de la Cruz tuvieron ocurrencia mucho antes de entrar a regir este estatuto.

2ª *Porque en la primera instancia se estimó que los hechos constituían un delito de falsedad en documentos, y los delitos contra la fe pública (Título VI del Libro 2º del Código Penal) no están comprendidos en la relación taxativa que hace el Decreto 012 de 1959, en su primer artículo.*

Según el desarrollo que este proceso ha tenido, y de acuerdo con lo que sobre el particular se dejó reseñado, primero el instructor calificó los hechos como abuso de confianza, dándole aplicación a las normas de trámite previstas en el Decreto 014 de 1955, primordialmente a las señaladas en los artículos 58 y 60 (auto de detención preventiva y término de pruebas). Luego, el Juzgado Superior de Armenia, atendiendo que el Tribunal Superior de Pereira, al revisar el auto de detención preventiva proferido por el instructor, calificó los hechos como falsedad en documentos, prescindió de seguir el procedimiento señalado en el Decreto 014 de 1955 (pertinente para los delitos contra la propiedad, según el art. 81 de este estatuto), y se acogió a las normas de trámite indicadas en el Decreto 012 de 1959, como se dejó ya observado, a pesar de que los delitos contra la fe pública no están comprendidos en la relación taxativa que este decreto hace en su primer artículo, para determi-

nar la aplicación de sus disposiciones ya por los Jueces de Instrucción Criminal (art. 1º), ora por los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales (art. 10º), en los Departamentos en donde aún subsiste el estado de sitio.

Pues bien:

Esta Sala, en providencias de 23 y 24 de agosto de 1961, y en la de 20 de octubre de este año, ha expresado que "el Decreto Extraordinario número 012 de 4 de julio de 1959, en su artículo 1º, enumera taxativamente los delitos sometidos al procedimiento establecido en ese estatuto..."

De consiguiente, como el delito de falsedad en documentos, por el cual fue condenado en primera instancia el señor Escobar de la Cruz, no aparece en esa relación taxativa que el Decreto 012 de 1959 hace en el referido artículo, por esta segunda razón cabe concluír que el trámite cumplido por el Juzgado Superior de Armenia no era el pertinente, si se atiende a la calificación delictiva hecha en su fallo.

Cabe recordar que, por último, el Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia impugnada, cambió la calificación de falsedad en documentos señalada en el fallo del *a quo*, para condenar al procesado por abuso de confianza (art. 415 del Código Penal), ciñéndose en el trámite de la segunda instancia a las previsiones del Código de Procedimiento Penal, salvo en lo que señala el inciso segundo del parágrafo del artículo 19 del Decreto 012 de 1959, atendiendo a lo que indica el artículo 16 de este estatuto.

Cabe, entonces, preguntar:

¿Podía el *ad quem* condenar por el delito de abuso de confianza, en un proceso en que se había proferido sentencia de primera instancia, por el delito de falsedad en documentos?

La respuesta negativa es evidente, si se considera que no puede el *ad quem* pretermitir la primera instancia, seguida en este caso por el delito de falsedad en documentos, para el cual no son pertinentes los trámites del Decreto 014 de 1955, ni los del Decreto 012 de 1959, según se dejó visto, sino las normas del Código de Procedimiento Penal, en el que se prevé, entre otras normas, las del llamamiento a juicio del procesado (art. 429).

Lo que correspondía hacer al Tribunal Superior de Pereira, en este negocio, era declarar la nulidad de lo actuado en primera instancia, desde el auto de 27 julio de 1959 (f. 147 del Cdno. Nº 1), por el cual se declaró cerrada la etapa investigativa y se dispuso que "en la sentencia respectiva..." se resolvería... "la petición hecha por el doctor Pablo Alzate Fernández, en su calidad de defensor del sindicado, sobre aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal".

Y es indudable que los yerros de procedimiento en que se ha incurrido en este proceso afectan el derecho de defensa del sindicado, como que en ningún momento tuvo seguridad alguna de los cargos porque se le juzgaba en las instancias: Primero se le detuvo preventivamente por abuso de confianza; luego el Tribunal Superior de Pereira señaló que el delito que le era imputable era el de falsedad en documentos, al revisar el auto de encarcelación precautelativa; posteriormente fue condenado, por el *a quo*, por esta última infracción penal, y, por último, el *ad quem* lo condenó por abuso de confianza.

Naturalmente, al considerar el Tribunal Superior de Pereira pertinente el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, aun para el delito de falsedad en documentos (incurriendo en el mismo yerro en que cayó el *a quo*), se encontró imposibilitado para declarar la nulidad a que se ha hecho referencia, en razón de lo dispuesto por el artículo 22 de dicho estatuto, según lo cual no pueden alegarse otras causales de nulidad distintas de la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería, en el querellante. Y es esta otra razón para afirmar que el yerro del *ad quem*, al aplicar las previsiones del Decreto 012 de 1959 en este asunto, afectó el derecho de defensa del procesado, pues hizo impertinente la declaratoria de nulidad ya señalada, que al Tribunal Superior de Pereira correspondía hacer.

Cabe transcribir las siguientes doctrinas de la Corte, relacionadas con la aplicación de la ley procesal más favorable al sindicado:

"Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del procesado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringirá en perjuicio de éste", (Sentencia de 13 de sept. de 1945, G. J. LIX, p. 539).

"A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin

solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior'' (Autos de 22 de septiembre de 1950, G. J. LXVIII, p. 232, y de 29 de sept. de 1950, G. J. t. LXVIII, p. 271).

Es cierto que la Corte expresó en sentencias de 2 de octubre de 1947, (G. J. t. LXIV, p. 148), y de 9 de febrero de 1954, (G. J., t. LXXVII, p. 185), que ''la invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación ni su estudio obliga a la Corte''. Sin embargo, esta doctrina ha sido posteriormente rectificada en numerosas providencias, al ocuparse la Sala del examen de la causal cuarta de casación aun respecto de cargos no hechos en las instancias, porque, de otra manera, este evento de casación quedaría prácticamente desvirtuado.

Corresponde, por tanto, declarar probada la causal cuarta de casación, propuesta por el demandante.

Ahora bien:

Además de la providencia de 21 de febrero de 1958, ya transcrita al principio de este fallo, pueden citarse las de 12 de noviembre de 1956, (G. J. t. LXXXV, p. 416); de 24 de febrero de 1958, (G. J., t. LXXXVII, p. 265); de 27 de mayo de 1958, (G. J. t. LXXXVIII, p. 792), y de 9 de septiembre de 1959, (G. J. t. XCI, p. 586), en las que esta Sala ha expresado que ''cuando en la demanda de casación se invoca, entre otras causales, la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ésta debe estudiarse en primer término, porque si prospera resulta improcedente la revisión de las otras''.

Por lo anterior, la Sala se abstiene de estudiar los cargos hechos con invocación de la causal segunda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, INVALIDA el fallo de que se ha hecho mérito y que fue objeto del recurso, y ORDENA devolver el proceso al juez del conocimiento, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, para que se reponga el procedimiento, conforme a lo expresado en la parte motiva, a partir del auto de 27 de julio de 1959, (f. 147 del Cdno. Nº 1), por el cual se declaró cerrada la investigación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad.

Pioquinto León, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA INDAGATORIA NO ES ESENCIAL EN EL PROCESO

La recepción de esta diligencia sin apoderado o con la concurrencia de uno sin el título de Abogado no conduce a la nulidad de la misma, ni a violación del artículo 26 de la Carta. Causal 2ª de casación.

1. Contra lo que supone el recurrente, teniendo en cuenta el contenido del artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal, en modo alguno puede entenderse que un cabo de la Policía ejerza jurisdicción, fenómeno a que es absolutamente ajeno. En este orden, resulta fuera de lugar invocar en el caso de autos la prohibición contenida en el ordinal 2º del artículo 254 del Código Judicial.

De otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, la diligencia de indagatoria, en realidad, no es esencial en el proceso y, por lo tanto, resulta cuando menos exagerado pretender que su recepción sin apoderado o con la concurrencia de uno sin el título de Abogado, de suyo conduzca a la nulidad de esa misma diligencia y, lo que es peor, a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

2. La causal 2ª, como se ha enseñado a través de múltiples jurisprudencias uniformes y constantes, no es invocable en los juicios sometidos a la intervención del Jurado.

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 7 de noviembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a los señores Ezequiel Sepúlveda, Jesús Alonso Padierna, Marco Antonio Velásquez y Julio César Usuga Higuita, como responsables del doble delito de homicidio en los señores Joaquín Echavarría y Ana María Ochoa de Echavarría, del delito de robo en bienes de estas mismas personas y del delito de incendio, a la pena de *veinticuatro años de presidio* cada uno, accesorias del caso y relegación en colonia penal agrícola, el primero por un término de *ocho años,* y los otros tres por *cinco años.*

ANTECEDENTES:

En la tarde del 16 de marzo de 1956 se presentaron varios maleantes a la casa de la finca del señor Dídimo Vallejo, ubicada en el paraje rural llamado Barrancas, en jurisdicción del Municipio de Dabeiba, y allí dieron muerte a los administradores del fundo, señores Joaquín Echavarría y Ana María Ochoa de Echavarría, se apoderaron de varios de los objetos y enseres de esas personas, que eran cónyuges entre sí, y luego destruyeron la casa por medio del fuego a que la sometieron.

En autos del 10 de diciembre de 1958, dictado por el Juzgado 2º Superior de Medellín, y 9 de marzo de 1959, proferido por el Tribunal Superior de la misma ciudad, fueron llamados a juicio, por los dos homicidios en cuestión, a los cuales se les dio la denominación de asesinatos, por el robo, determinado como específicamente agravado, y por el incendio, los señores Ezequiel Sepúlveda, Jesús Alonso Padierna, Marco Antonio Velásquez y Julio César Usuga Higuita. Llegada la oportunidad legal, al Jurado se le propusieron los cuestionarios concernientes a estos cua-

tro delitos, redactados de conformidad con el auto de proceder, los que fueron contestados respecto a todos los procesados de manera afirmativa.

El predicho Juzgado Superior, en sentencia del 15 de junio del año pasado, acogiendo los veredictos, condenó a los procesados señores Ezequiel Sepúlveda, Jesús Alonso Padierna, Marco Antonio Velásquez y Julio César Usuga Higuita, como responsables de los cuatro delitos por que se les llamó a juicio y comparecieron ante el Jurado, a la pena de 24 años de presidio cada uno, accesorias del caso y relegación en colonia agrícola penal, el primero por un término de ocho años y los otros tres por el de cinco años. Este fallo lo confirmó el Tribunal Superior en el suyo del 7 de noviembre también del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

De los mencionados cuatro procesados, interpusieron el recurso de casación los señores Ezequiel Sepúlveda, Marco A. Velásquez y Jesús Alonso Padierna, pero solo el primero de ellos, por conducto de apoderado, presentó la demanda del caso, la cual, con criterio de amplitud, se tiene como ceñida a las exigencias legales. En ellas se invocan, en el orden que se indican, las causales 4ª, 2ª, 7ª y 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Con apoyo en la causal 4ª se hacen al fallo acusado tres cargos, así:

"a) Porque no existe indagatoria del suscrito (sic) sindicado, en el real sentido jurídico de la palabra.

"Esta afirmación se prueba así.

"Lo que es nulo, es como si hubiera existido (sic).

"El artículo 357 del Código de Procedimiento Penal dispone que a ningún sindicado se le podrá recibir indagatoria sin que esté presente su apoderado.

"Y el artículo 254 del Código Judicial aplicable en el presente caso, en virtud de la analogía que establece el 7º del procedimiento penal, resuelve que no puede ser apoderado legal un policía, que, en mi caso, fue el que sirvió de apoderado, de donde resulta que, no habiendo podido ser mi apoderado por imposibilidad e impedimento de orden legal, es tanto como si el cargo no hubiera existido.

"Ahora bien: sin recibir indagatoria en forma legal y como lo preceptúa la ley, no se puede continuar el proceso, salvo el caso de que el reo no haya podido ser capturado, pero no mientras esté detenido como sucedida (sic) conmigo (sic) (art. 365 del C. de P. P.).

"Tan grande informalidad incide en violación al artículo 26 de la Constitución Nacional, concordante con el primero del Código de Procedimiento, por no haberse observado la plenitud de las formalidades del proceso.

"b) No se recibieron, por malquerencia proveniente de la parcialidad del funcionario de instrucción, las pruebas pedidas para descargo, tanto las citadas en la indagatoria, como las que se impetraron posteriormente, como puede observarse en el proceso.

"Esta informalidad sí que es grave. La doctrina de la honorable Corte es reiterada en el sentido de que la sentencia que condena a un reo sin haber oído sus pruebas de descargo es violatoria de la Constitución Nacional y, consecuentemente, nula por una informalidad sustancial.

"c) Como se dijo atrás, uno de los funcionarios que actuó en la instrucción lo hizo con la consabida parcialidad por ser el padre de uno de los sindicados, que tenía visible y manifiesto interés en defender a su hijo, en lo que puso todo su empeño, con desmedro de los derechos de defensa de los otros procesados.

"Ahora bien, el parentesco en ese grado es causal de impedimento, según la causal 3ª del artículo 73 del estatuto procedimental. Y quien está impedido para un acto jurisdiccional, carece de competencia, luego de conformidad con el numeral primero del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal son nulas todas las diligencias que se verificaron por el Instructor padre de uno de los sindicados".

Con fundamento en la causal 2ª el recurrente sostiene que en los autos no aparece prueba suficiente que sirva de base a la condena, ya que, en realidad, solo se tuvo en cuenta un indicio, generado en testimonios de enemigos capitales del acusado, fuera de que, de otra parte, "no se recibieron las contrapruebas, con las cuales el suscrito (sic) iba a desvirtuar la que pretendía establecer una preexistencia inexistente (sic), como anteriormente se observó pero que es bueno repetirlo, porque el hecho insólito de no recibir las pruebas de descargo lo ha tenido la honorable Corte como suficiente para invalidar una sentencia".

La causal 7ª se plantea en los siguientes cinco renglones y medio:

"La sentencia se dictó sobre un veredicto notoriamente injusto, con lo cual se incidió en la causal 7ª.

"Sobran comentarios a este respecto si se tiene en cuenta que fui (sic) declarado culpable por el jurado, sin que obren en el proceso la prueba plena".

Finalmente, la causal 5ª se propone conforme a la siguiente apretada síntesis:

"El último cargo contra la sentencia es que en ella no se expresa *clara* y *terminantemente* cuáles son los hechos probados, el cual cargo invalida la sentencia de acuerdo con la causal 5ª.

"Consiste este cargo en que como no se le dio aplicación a lo preceptuado en el artículo 159, consignado en párrafos numerados que deben principiar con la palabra resultando los hechos que constituyeren premisas de las resoluciones de la sentencia, haciéndose expresa declaración de los que se estimaren probados, no se puede *saber cuáles son los hechos probados,* en forma clara y terminante". (Los subrayados son del recurrente).

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en el concepto de respuesta a la demanda de casación, luego de que la estudia con la competencia que le es característica, examinando por separado cada uno de los cargos que se formulan al fallo acusado a través de las cuatro causales invocadas, solicita se deseche el recurso.

SE CONSIDERA:

El señor Ezequiel Sepúlveda fue asistido en la diligencia de indigatoria que corre a los folios 82 y siguientes del primer cuaderno del expediente por el Cabo Primero señor Antonio Navarro, en razón de que se abstuvo de nombrar apoderado y en esa suerte se hizo necesario designarle de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal.

Desde luego, contra lo que supone el recurrente, teniendo en cuenta el contenido del artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal, en modo alguno puede entenderse que un Cabo de la Policía ejerza *jurisdicción,* fenómeno a que es absolutamente ajeno. En este orden, resulta fuera de lugar invocar en el caso de autos la prohibición contenida en el ordinal 2º del artículo 254 del Código Judicial. Esto ya bastaría para desechar el primer cargo que se hace al fallo acusado con fundamento en la causal 4ª de casación.

De otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365, la diligencia de indagatoria, en realidad, no es esencial en el proceso y, por lo tanto, resulta cuando menos exagerado pretender que su recepción sin apoderado o con la concurrencia, de uno sin el título de Abogado, como es el caso de autos, de suyo conduzca a la nulidad de esa misma diligencia y, lo que es peor, a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

El segundo cargo, formulado con apoyo en la causal 4ª, carece de la más mínima demostración. Se hace como simple enunciado diciendo que no se recibieron las pruebas de descargo, "por malquerencia proveniente de la parcialidad del funcionario de instrucción", pero sin presentar argumento alguno encaminado a comprobar esos asertos que, en consecuencia, resultan por entero expósitos.

El tercer cargo, formulado a su turno con apoyo en la causal 4ª, ofrece el mismo vicio del anterior, puesto que, como en el caso de aquél, se hace en forma de enunciado, diciendo que "uno de los funcionarios que actuó en la instrucción lo hizo con la consabida parcialidad por ser el padre de uno de los sindicados", lo que permite concluír en que "son nulas todas las diligencias que se verificaron por el instructor padre de uno de los sindicados", apreciaciones que se dejan sin demostración.

La causal 2ª, como se ha enseñado a través de múltiples jurisprudencias uniformes y constantes, no es invocable en los juicios sometidos a la intervención del Jurado.

Con fundamento en la causal 7ª, la demanda, en verdad, no presenta cargo alguno contra el fallo acusado, puesto que esa causal no se refiere a veredicto "notoriamente injusto, como lo entiende el recurrente, sino a que la sentencia acusada "se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio", aspecto que es absolutamente ajeno a este proceso.

El cargo formulado con apoyo en la causal 5ª, carece del más mínimo asidero puesto que la sentencia impugnada, como se puede comprobar con su simple lectura, se ciñe, en general, a las exigencias del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con las razones expuestas, bien se echa de ver que no procede ninguna de las causales de casación invocadas y entonces debe desecharse el recurso.

Como quedó advertido atrás, los señores Marco A. Velásquez y Jesús Alonso Padierna, aunque

interpusieron el recurso de casación, no presentaron la demanda del caso, circunstancia que hace aplicable el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal-- acorde con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación propuesto por el procesado señor Ezequiel Sepúlveda contra la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia, DECLARA DESIERTO el recurso que interpusieron contra ese mismo fallo los procesados señores Marco A. Velásquez y Jesús Alonso Padierna, a quienes condena en costas, disponiendo que el Tribunal de origen haga su liquidación y luego la comunique a la autoridad correspondiente para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

DELITOS DE DOBLE HOMICIDIO Y ROBO

La cuantía en los delitos contra la propiedad. Funcionarios del ramo penal a quienes compete su conocimiento. Cuando la cuantía de un delito contra el patrimonio económico no es señalada, no se puede agravar la sanción con apoyo en el mayor daño ocasionado a la víctima. Error de derecho. Causales 4ª y 1ª de casación.

1. Es cierto que el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal establece que "en los procesos por infracciones contra la propiedad, se reconocerán y avaluarán las cosas materia de la infracción si fueren habidas, y si no, se establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados", en razón de la atinencia que la cuantía en tales delitos tiene, ya para la dosimetría de la sanción, (arts. 36; 398, ord. 2º; 399; 401; 403; 410 y 413 del Código Penal), ora para señalar la competencia (Jueces Superiores: art. 45, literal j, del C. de P. P., en concordancia con el art. 2º del Decreto 3347 de 1950. Jueces Municipales: art. 48, ordinal 2º, del C. de P. P., en concordancia con el art. 4º del Decreto 3347 de 1950 y el 1º del Decreto 23 de 1957. La Policía: art. 49, ordinal 2º, del C. de P. P., en concordancia con el art. 1º del Decreto 23 de 1957). Pero de ello no se desprende que el quantum o estimación económica de las cosas objeto de tales infracciones punibles haga parte del cuerpo del delito.

Si del robo se trata, bien sabido es que consiste en el apoderamiento, por medio de violencias o amenazas o abusando de la debilidad de un menor, de una cosa mueble ajena (art. 2º de la Ley 4ª de 1943).

No se discute que la cosa materia de este ilícito debe tener un valor económico. Pero la medida de éste, la estimación o cuantía del ilícito, no hace parte de la definición legal.

Enseña el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito". Y al precisar su concepto, el profesor Rueda Concha señala que no es otra cosa que "la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión) con una definición de la ley penal".

La cuantía, en los delitos contra la propiedad, no hace parte de las exigencias típicas de orden objetivo y subjetivo que, en cada caso, especifican estas figuras penales.

De otra parte, no sobra anotar que cuando la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico no es determinada, la competencia para conocer corresponde a los Jueces de Circuito en el ramo Penal, de conformidad con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal.

Mas como en este proceso fueron averiguados y fallados varios delitos, sometidos a diversas competencias, su conocimiento corresponde al Juzgado Superior, por razón de que el delito más grave es el de homicidio, también imputado a los procesados (art. 50 del mismo código).

Es evidente que cuando la cuantía de un delito contra la propiedad no es señalada, no se puede agravar la sanción con apoyo en el mayor daño ocasionado a la víctima. El incumplimiento de la previsión contenida en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, no hace más ponderosa la situación del procesado, pues, al contrario, bien puede suceder que se dejó de aumentar la pena, sólo porque no se acreditó alguna de las circunstancias que permiten hacerlo, de acuerdo con los artículos 36; 388, ordinal 2º; 399; 401; 403; 410, y 413 del Código Penal, ya citados.

2. Al señalar la sentencia recurrida la pena máxima de veinticuatro (24) años de presidio se

incurrió en error de derecho, al dejar de tomar en cuenta el mandato contenido en el artículo 39 del Código Penal, sobre aplicación del máximo de la sanción "solo cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad...", habida consideración de que en favor del procesado obra la circunstancia de menor peligrosidad indicada en el ordinal 1º del artículo 38 de la misma obra: su buena conducta anterior.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, noviembre cuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de 7 de noviembre de 1960, por la cual les fue impuesta a los procesados Alberto Quiñones y Eleuterio Ordóñez la pena principal de veinticuatro años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de doble homicidio y robo.

HECHOS:

Dice el *ad quem,* en el fallo recurrido, lo siguiente:

"En primeros de abril de 1955 y en paraje que se ubica en el municipio de Mosquera (costa del Pacífico) desaparecieron de entre los vivos el anciano Emiliano Vallecilla, alias 'El Sordo', y la niña Eusebia Vallecilla, como de diez a doce años e hija del primero, personas éstas que en horas medias del día pasaron por el punto denominado 'Firme Cocalito', solos y en su propia embarcación, pues navegaban hacia el poblado de El Pital.

"Tal desaparecimiento, ni siquiera en breve, sino mejor tardíamente, hizo que la alcaldía de Mosquera, ateniéndose a rumores que andaban entre las gentes, levantase la correspondiente averiguación criminal, la misma que sin muchas dificultades puso en claro que el anciano y su tierna hija habían sido asesinados con el fin de robarles alguna pequeña cantidad de dinero, que consigo llevaban.

"Porque habiéndose demostrado que los sujetos llamados Eleuterio Ordóñez y Alberto Quiñones, a poco de haber pasado el anciano Vallecilla con su hija por el caserío de 'El Firme Cocalito', tomando abusivamente un potrillo (embarcación pequeña y sin mayor acondicionamiento) que pertenecía a Mario Angulo, siguieron tras los Vallecillas, como en forma terminante lo dicen, entre otros, el mismo Angulo y Eladio Miranda, cundió la versión de que aquellos dos sujetos habían eliminado a Vallecilla y a su hija. Esta versión salió a la luz ya de manera fundada y explicada, cuando al ser indagado Alberto Quiñones contó cómo habiéndose embarcado con Eleuterio Ordóñez, éste, en cuanto se acercaron a la canoa de Vallecilla con el pretexto de que les vendiese un taco o torpedo, y en cuanto el anciano se agachó sobre la embarcación para sacar el artefacto, le descargó tremendo machetazo, al que hizo seguir otro violento golpe con la misma arma, hasta dejar sin vida al tantas veces indicado anciano. Frío y espeluznante relato, al que agregó Quiñones el siguiente episodio, que es macabro en todos sus aspectos: 'En cuanto el anciano Vallecilla quedó muerto, víctima de la agresión del matador, la pequeña Eusebia a gritos pedía perdón y suplicaba que se llevaran o se robaran todo, pero que no la matasen, súplicas a las que, al decir de Quiñones, el mismo Eleuterio Ordóñez contestó descargándole fieramente un machetazo en la nuca y seguidamente otro, con el que la mató de contado. Y aclaró Quiñones, en esa su primera indagatoria, que a la niña le dio Eleuterio con el machete, de filo.

"Para cerrar su tétrico relato, Quiñones dijo que los cadáveres habían sido llevados al estero denominado 'La Patiña', y allí dejados hacia el centro, habiendo regresado luego ambos por el mismo sendero, momento en el cual, o mejor al salir del estero, Ordóñez le había dado a él, al deponente o indagado, la suma de cuarenta pesos.

"Débese aclarar que antes de ser indagado Quiñones, lo había sido Eleuterio Ordóñez, sujeto éste que si bien dijo no saber nada ni 'haber visto con sus propios ojos' lo del lance porque se le preguntó, habló sin embargo de que en la fecha aquella había tomado trago y había encargado un dinero a Trinidad Rodríguez, lo que se sabe igualmente por otros conductos.

"Recogidos algunos otros testimonios entre los que se destacan el de Mario Angulo, dueño del potrillo que abusivamente ocuparon los sindicados; el de Antonio Miranda, quien da cuenta del paso de Vallecilla con su hija y de la versión esa de que Eleuterio Ordóñez se había embarcado en el potrillo de Angulo, así como habla del encargo de la suma de cincuenta y nueve pesos

hecho por aquel sujeto a Trinidad Rodríguez, y el de Regino Miranda, que recuenta de cómo oyó comentar que había pasado Vallecilla con su hija, que habían preguntado por pescado, y que tras de éstos se habían embarcado Ordóñez y Quiñones en el potrillo de Angulo, vino, por fin, una diligencia de bastante importancia: la del levantamiento de los cadáveres.

"A tal diligencia concurrieron el alcalde de Mosquera y sus secretarios; los peritos designados; agentes de la Policía, y, entre otras personas, los propios sindicados, Eleuterio Ordóñez y Alberto Quiñones, diligencia que es de tanta importancia, como que, no sólo se obtuvo con ella que los dos mismos sindicados fueran quienes guiaran e indicaran el punto a donde debían de encontrarse los restos de las dos víctimas del atentado, lo que era o es ya mucho de suyo, sino que, puso al descubierto la directa responsabilidad de aquellos dos hombres en la terrible tragedia. Pues, recriminándose ya recíproca y sostenidamente, quedó establecido que Ordóñez y Quiñones, actuando de manera convenida, fría e inhumana, fueron los que acabaron con la vida del anciano Vallecilla y con la de su hija. Y fue en esta diligencia también en donde, como aparece en el acta suscrita por los empleados y por los peritos, los acusados manifestaron que allí había sido en donde sacaron el dinero que llevaban las víctimas. Como fue allí a donde saltó, ya urgido por las recriminaciones de Quiñones, la primera confesión de Ordóñez, al expresar que él había matado a la niña mientras que Quiñones había sido quien eliminó al anciano Vallecilla.

"Posteriormente se recibió declaración a las personas que asistieron al levantamiento de los cadáveres, para ver de sentar lo referente a las mutuas acusaciones que se formularon los dos sujetos que protagonizaron el sangriento drama que se memora; y si bien es cierto que hay algunas discrepancias en la forma y modo como se expresaron los dos sujetos, con tales testimonios queda superabundantemente establecido de autos, que Ordóñez y Quiñones, como ya se acentuó, y sólo ellos, perpetraron el doble y gravísimo crimen venido a cuento, con la única y detestable mira de apoderarse de algún dinero que las víctimas llevaban en su embarcación, según se comprueba en el plenario con el dicho de los mismos acusados, ya que ha de volver a recalcarse en eso de que Alberto Quiñones en su indagatoria dijo según son sus propias palabras: '...y cuando salimos del estero, a mí me dio la suma de cuarenta pesos, y me repetía que si avisaba me mataba...'.

"Se pudo, realmente, haber concretado mucho más varios de los puntos claves de este proceso. Una ampliación de indagatoria según lo ocurrido en la diligencia de levantamiento de los cadáveres; una mejor puntualización de lo que cada uno de los reos dijo o comentó allí; careos de éstos con los testigos que presenciaron o concurrieron a la diligencia; una diligencia de reconocimiento de los cadáveres; y, en fin, las preguntas correspondientes para que cada uno de los acusados hubiese expuesto, en forma precisa, qué aspecto presentaban los cadáveres luego de lo acontecido, si la cabeza de la niña, por ejemplo, quedó o no desprendida del tronco, y cuestiones de esta naturaleza frente a lo que cada uno de los dos hombres había divulgado, hubieran arrojado más luz aún sobre el tétrico cuadro que la mente reconstruye.

"Mas, con lo recogido, y con lo que vino en la diligencia de careo entre los dos hombres, los fundamentos para haberse procedido contra ellos, bastan según ya se anotó.

"Porque es que en el careo ya aparece definidamente la confesión de Ordóñez, de haber sido él quien dio muerte a la pequeña Eusebia, de haber sido consumado el atentado en forma convenida y preparada con Quiñones y de haberse repartido el dinero logrado como fruto de su rapiña. Y si bien, respaldándolo con su juramento, señala a Quiñones como el autor de la muerte del anciano Vallecilla, y si bien Quiñones viene sosteniendo desde el principio que quien mató al anciano y a la niña fue Ordóñez, precisa admitirse como buenos los argumentos de la sentencia, de primera instancia, los mismos que se habían sostenido ya por el Tribunal, para sentarse que la actitud de Quiñones no es sincera y no corresponde por entero a la verdad, desde que este individuo abunda en contradicciones que lo desfavorecen de lleno.

"Porque es verdad que para tenerse como establecida la coautoría de los dos procesados, frente a la triple delincuencia que sobre ellos pesa, hay lo suficiente no obstante los vacíos advertidos y que tan fácilmente pudieron llenarse a su hora.

"Hay, en verdad, la manera compenetrada como los dos sujetos se apoderaron de una embarcación ajena y se fueron tras las dos indefensas víctimas a la luz del día y sin el menor reato de preocupación. Hay la confesión primera de Quiñones, en cuanto que a él le dio su compañero de crimen la suma de cuarenta pesos. Hay contradicciones tan bultosas por parte de Quiñones, como aquella de que el anciano Vallecilla había

caído muerto dentro de la canoa, cuando Ordóñez le había dado un machetazo en la nuca; mientras que en su indagatoria primera sostuvo que con un primer golpe descargado por Quiñones, el anciano cayó al agua y que cuando surgió le dio Ordóñez un segundo golpe, con el que lo acabó de matar, metiéndolo seguidamente en la canoa. Hay la otra contradicción de Quiñones (se trata de comparar no más sus dos indagatorias) referente a que primero dijo que Ordóñez le había dado la suma de cuarenta pesos, para luego sostener que es que le había estado dando y que él no quiso recibir; contradicción que se evidencia más, cuando se encuentra en la diligencia de careo esta nueva afirmación de Quiñones: 'Cuando él victimó a los dos individuos tomó un maleterito que era de madera, lo abrió y sacó el dinero, pero no me dí cuenta cuánto era y a mí no me dio nada'. Hay la contradicción en que incurre Quiñones, cuando después de afirmar en su primera indagatoria que al obligarlo Ordóñez, fueron a dejar los cadáveres en el estero de 'La Patiña', sostiene en el careo que fue Ordóñez quien los metió al estero, que él, el deponente, no le ayudó en nada, que todo lo hizo Ordóñez y que él se quedó en el potrillo, óigase bien esto último, que se lo había prestado Mario Angulo para ir a tirar el torpedo.

"En fin, que como lo destacan los funcionarios todos, y entre ellos en su estudio el señor Fiscal del Tribunal, la jurada acusación de Ordóñez, la serie de contradicciones en que ha incurrido Alberto Quiñones y la actitud misma de este acusado, convencen de su plena responsabilidad en los gravísimos hechos que se juzgan, hechos todos que aún con la deficiente averiguación desarrollada en el caso, convergen a patentizar que obrando con el perverso fin de apropiarse violentamente de una escasa suma de dinero, los dos procesados actuaron en perfecto acuerdo, al impulso de un mismo interés y al amparo de un cúmulo de circunstancias que a la vez que desfavorecieron a las desgraciadas víctimas, sirven para destacar la relajación del instinto moral y humanitario de los acusados, y la sevicia con que actuaron".

DEMANDA DE CASACION

El doctor Carlos E. Camacho, en representación del procesado Alberto Quiñones, único recurrente, invoca las causales cuarta y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, así:

Causal cuarta.

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Con este respecto, hace el impugnante los siguientes cargos:

a) Que por no haberse establecido la cuantía en el delito de robo por que fueron llamados a juicio los procesados Ordóñez y Quiñones, el cuerpo de este delito no tuvo comprobación, habiéndose "incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", lo cual origina el evento de nulidad previsto en el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

Anota el demandante que a pesar del mandato contenido en el artículo 314 del Código antes citado, "en el caso de autos tenemos que las cosas materia de la infracción, o sea el dinero de los Vallecilla, no se estableció en su cuantía por medio de peritos, que es lo que la ley de procedimiento ordena, lo que implica que no estando plenamente acreditado el delito de robo en todos sus elementos probatorios, no se les podía imputar a los procesados tal delito en el auto de proceder. En los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado...", agrega..., "se les preguntó si Alberto Quiñones era responsable del delito de robo en cuantía 'indeterminada' y los señores jueces contestaron que 'sí'.

"Como se trata...", dice..., "de una clara violación de las leyes de procedimiento penal que mandan que al procesado se le debe observar en su juzgamiento la plenitud de las formas propias del juicio, ya que a nadie se le puede responsabilizar en forma aproximada, sino de la comisión de hechos concretos y definidos por la ley penal, la cuantía debe establecerse por medio de peritos, a fin de dirimir la competencia del funcionario que deba juzgar al responsable, puesto que si fue de mínima cuantía, conoce la Policía, o el Juez Municipal, de Circuito o Superior si fuere el caso, puesto que la cuantía tiene proyecciones en la dosificación de la pena, pues no es lo mismo un robo de $ 20.00, que un robo de un millón de pesos.

"Por lo anterior...", considera el demandante..., "se violó el sistema procesal por parte del honorable Tribunal Superior, violación que determina una nulidad a partir del auto de proceder. Como dicho error es subsanable en casación por medio de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal... es necesario declarar la nulidad de toda la actua-

ción, a partir del auto..." citado..., "con el fin de que el reo sea juzgado en legal forma por el delito que realmente cometió y que se le imputa en el pliego de cargos que la sociedad le formula, para que se defienda de ellos".

b) Que los procesados "no tuvieron adecuados medios de defensa, por cuanto Alberto Quiñones no tuvo a su servicio en tiempo oportuno la asistencia de un abogado diligente en el cumplimiento de su deber profesional, que impugnara las probanzas aportadas al informativo y que buscara los mejores términos en que la ley penal le fuera aplicada. Nada de esto ocurrió, antes por el contrario, el procesado estuvo huérfano de defensa en la etapa sumarial y en el plenario. De autos aparece que los abogados defensores que fueron nombrados por el señor Juez de la causa, eludieron por todos los medios concurrir a la audiencia pública a defender al procesado. Solamente el doctor Eduardo Moncayo tuvo el valor de enfrentarse a este negocio...".

Como resumen de los anteriores cargos, agrega lo que pasa a transcribirse:

"Considero que en el caso de autos, se quebrantaron los artículos 107 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que los apoderados y defensores se negaron a desempeñar el cargo, razón por la cual la audiencia tardó tres años en verificarse; el artículo 198, numeral 8º, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que el delito de robo en cuantía indeterminada está ausente del Código Penal; el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse realizado el avalúo del dinero que le fue robado al señor Emiliano Vallecilla. Todas estas informalidades de procedimiento implican violación de las normas propias del juicio penal y a las cuales tenía pleno derecho a que se observaran en su caso, el procesado recurrente Alberto Quiñones. Dicho quebrantamiento determina la violación de una norma de superior jerarquía, como es el artículo 26 de la Carta Fundamental... que priva sobre todas las normas del procedimiento penal. Igualmente se violó por parte del Tribunal el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, que enseña la manera de redactar una sentencia".

Causal primera.

"Hay lugar a casación cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Con este particular, el demandante hace los siguientes cargos:

a) Que "no habiendo tenido cabal cumplimiento la demostración del delito de robo, no se le podía imputar al procesado dicho delito en todos sus elementos constitutivos, puesto que la calificación de 'robo en cuantía aproximada' está ausente del derecho penal, razón por la cual no era procedente el aumento señalado en el artículo 33 del Código Penal, que permite al juzgador..." agravar la pena...

"Lo procedente...", agrega..., "era aplicar la ley penal solamente en su artículo 363, con lo cual quedan absorbidas diversas modalidades de agravación de las contempladas en el artículo 37 del Código Penal, siendo indebidamente aplicado por tal motivo el ya citado artículo 33, al graduar la pena de Alberto Quiñones en otro tanto.

"Al aplicar la citada pena de 24 años de presidio, el honorable Tribunal desconoció el precepto señalado en el Código de las Sanciones, en el artículo 39, que le señala una pauta al juzgador en la aplicación de la pena, puesto que solamente es permitido al juez aplicar el máximo de la sanción cuando concurran solamente circunstancias de mayor peligrosidad. Tal no es el caso de Quiñones, quien tiene a su favor su buena conducta anterior, la influencia de apremiantes necesidades económicas y la indigencia y falta de ilustración, motivos determinantes del delito que se le imputó. Dichas circunstancias están previstas en el artículo 38 del Código Penal y por errónea interpretación no fueron aplicadas por el Tribunal a favor del procesado y a las cuales tenía pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 3º del Código Penal, o sea la ley permisiva o favorable, las que legalmente aplicadas, conllevan una apreciable disminución de la pena de 24 años. Tal como fue aplicada la pena, determina rigor desproporcionado en la dosimetría penal, lo cual es contrario a nuestro sistema positivista".

b) Que "por errónea interpretación de la ley penal, se les imputó a los procesados el doble delito de homicidio agravado, circunstancia que tiene comprobación legal en los autos, en razón de que Alberto Quiñones fue declarado responsable de la muerte de Emiliano Vallecilla y Ordóñez de la muerte de la niña Eusebia Vallecilla, sin que ninguno de ellos le prestara al otro ayuda para la consumación del delito. Todos los actos concomitantes del delito fueron ejecutados independientemente por cada uno de los procesados, lo que implica que su responsabilidad es

directa. Para que haya coautoría es necesario que, por ejemplo, Ordóñez le hubiera estado llamando la atención al anciano o lo hubiera maniatado y Alberto Quiñones le hubiera propinado (sic) el machetazo, o que a la niña Eusebia Vallecilla, Alberto Quiñones la hubiera atado de pies y manos y Ordóñez la hubiera degollado. Tales son los ejemplos que traen Pessina y Rossi, para que se pueda hablar de coautoría material.

"Siendo que la acción psicofísica fue ejecutada independientemente por cada uno de los procesados, cada uno de ellos deberá responder ante la justicia por las consecuencias de su acción criminosa. Por tal motivo, considero que no se le puede imputar a Alberto Quiñones responsabilidad alguna por la muerte de la menor Eusebia Vallecilla, estando abundantemente demostrado que el autor de dicha muerte fue Ordóñez.

"Por lo anterior...", dice..., "considero que el honorable Tribunal interpretó erróneamente el artículo 20 del Código Penal y aplicó indebidamente el artículo 363 de la misma obra, en concordancia con el artículo 33 anteriormente citado".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

"El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, al estimar probados los cargos hechos por el demandante con invocación de la causal cuarta de casación, prescindió de examinar la impugnación que éste realiza con fundamento en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Y si bien estima el señor Agente del Ministerio Público que los procesados no carecieron de defensa, pues los profesionales que de oficio los asistieron, llevaron a cabo sus alegaciones orales en la audiencia pública, considera, en cambio, que "no fueron observadas en este proceso la plenitud de las formas propias del juicio, porque sin haber acreditado plenamente la cuantía del delito de robo, que se atribuye a los reos, tal figura delictuosa carecía de comprobación adecuada en esta investigación y mal podía abrirse causa criminal en su contra por tal reato, toda vez que los elementos constitutivos del delito —que son la base del cuerpo del delito, artículo 272 del Código de Procedimiento Penal—, no estaban acreditados plenamente, como exige el artículo 429 *ibídem*, para poder dictar auto de enjuiciamiento criminal. Al obrar en forma contraria a lo anterior, no obstante el pensamiento acertado que expuso el señor Fiscal del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto (f. 104), se violó, a no dudarlo, el derecho de defensa de los reos por cuanto se les encausó por un delito no comprobado, como lo exige la ley, y, más aún, se les condenó como coautores por tal infracción (en contra del mandato del artículo 203 del mismo C. de P. P.). De todo lo expuesto se hace manifiesta la violación del artículo 26 de la Carta, debiendo producirse por parte de la honorable Corte la declaración de nulidad sobre lo actuado, a partir del auto de proceder, como lo..." solicito.

Asimismo, hace las consideraciones que pasan a transcribirse:

"Le asiste razón al demandante, por este aspecto... En realidad de conformidad con el Código Penal (Ley 95 de 1936 y modificación introducida por la Ley 4ª de 1943 y Decreto 3347 de 1950), la cuantía en los delitos contra la propiedad, de que trata dicho estatuto en el libro segundo, Título XVI, es elemento integrante del cuerpo del delito, al tenor de la noción que sobre el particular da el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto es como sigue: 'Los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito'. Y a lo anterior se aúna la circunstancia de que la cuantía incide fundamentalmente en la graduación de la pena, conforme se infiere fácilmente de los artículos 398, 399, 403, 410 y 414 del Código Penal. De manera que, en verdad, en nuestra legislación no existe figura jurídica del robo en cuantía indeterminada, como sostiene el recurrente en su demanda.

"Que el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal indica que 'en la investigación de los delitos de hurto y robo, no será preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. La apreciación de estas circunstancias queda al prudente juicio del funcionario o del juez respectivo', no significa, en manera alguna, que el legislador haya hecho caso omiso de la *cuantía* en lo relativo a tales delitos, porque precisamente una norma posterior (art. 314 del mismo estatuto de procedimiento) impone la obligación de practicar en el proceso el reconocimiento y avalúo de 'las cosas materia de la infracción si fueren habidas, y si no, se establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados'. El alcance de tal norma indica la obligación perentoria de comprobar siempre la cuantía de tales delitos, por medio de avalúo pericial o 'por cualquiera de los medios probato-

rios adecuados', y no permite al juez prescindir del valor de los objetos robados o hurtados cuandoquiera que, al fallar, debe imponer determinada sanción si encuentra que los requisitos del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, se hallan reunidos porque precisamente tal cuantía constituye un elemento que incide en la fijación de la pena.

"Y no es dable argüir en contra de lo anterior que cuando se presenta el caso de concurso de delitos, siendo unos de competencia de un juez y otros de diverso juez, y para respetar el mandato del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, no es necesario tener en cuenta la cuantía en tales delitos para el señalamiento concreto de la pena a imponer al reo o reos. Porque el artículo 33, en armonía con el artículo 36 del Código Penal señalan pautas a las cuales no puede sustraerse el fallador al cumplir su labor en el momento de dictar sentencia condenatoria. Y entre ellas se encuentra la de tener en cuenta 'la gravedad y modalidades del hecho delictuoso', lo que implica que en algunos delitos contra la propiedad la cuantía hace parte del anterior presupuesto y dicha cuantía no puede menospreciarse simplemente porque el delito más grave tiene fijado un límite de pena que pueda llegar al máximo, como en el caso *sub-judice,* donde la ocurrencia de un doble homicidio, con características de asesinato, obligó a los juzgadores de instancia a imponer la pena máxima de veinticuatro años".

LA SALA CONSIDERA:

En el examen de los cargos hechos al fallo recurrido, la Sala habrá de ocuparse primero de las tachas de nulidad del proceso, pues de no prosperar el recurso por la causal primera de casación y sí con fundamento en la cuarta, los conceptos de la Corte, dejados al ocuparse de aquélla, implicarían un prejuicio para la decisión del negocio, en las instancias. Además, porque esta Sala, en numerosas providencias, entre las cuales cabe citar las de 21 de febrero de 1958, (G. J. t. LXXXVII, Nos. 2192-2193, p. 238 a 243); de 12 de noviembre de 1956, (G. J. t. LXXXV, p. 416); de 24 de febrero de 1958, (G. J. t. LXXXVII, p. 265); de 27 de mayo de 1958, (G. J. t. LXXXVIII, p. 792), y de 9 de septiembre de 1959 (G. J. t. XCI, p. 586), ha expresado que "cuando en la demanda de casación se invoca, entre otras causales, la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esta debe estudiarse en primer término, porque si prospera resulta improcedente la revisión de las otras".

Pues bien:

Causal cuarta de casación:

Dos cargos hace el impugnante a la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de que se ha hecho mérito, así:

Primero. Violación del artículo 26 de la Carta, por cuanto se llamó a juicio y condenó a los procesados por el delito de robo, en concurso con el de doble homicidio, sin que estuviesen reunidas las condiciones típicas de aquél, pues la cuantía de la infracción no fue establecida.

Es cierto que el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal establece que "en los procesos por infracciones contra la propiedad, se reconocerán y avaluarán las cosas materia de la infracción si fueren habidas, y si no, se establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados", en razón de la atinencia que la cuantía en tales delitos tiene, ya para la dosimetría de la sanción (arts. 36; 398, ord. 2º; 399; 401; 403; 410 y 413 del Código Penal), ora para señalar la competencia (Jueces Superiores: art. 45, literal j, del C. de P. P., en concordancia con el art. 2º del Decreto 3347 de 1950. Jueces Municipales: art. 48, ordinal 2º, del C. de P. P., en concordancia con el art. 4º del Decreto 3347 de 1950 y el 1º del Decreto 23 de 1957. La Policía: art. 49, ordinal 2º, del C. de P. P., en concordancia con el art. 1º del Decreto 23 de 1957). Pero de ello no se desprende que el *quantum* o estimación económica de las cosas objeto de tales infracciones punibles haga parte del *cuerpo del delito.*

Si del robo se trata, bien sabido es que consiste en el apoderamiento, por medio de violencias o amenazas o abusando de la debilidad de un menor, de una cosa mueble ajena (art. 2º de la Ley 4ª de 1943).

No se discute que la cosa materia de este ilícito debe tener un valor económico. Pero la medida de éste; la estimación o cuantía del ilícito, no hace parte de la definición legal.

Enseña el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito". Y al precisar su concepto, el profesor Rueda Concha señala que no es otra cosa que "la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión) con una definición de la ley penal".

La cuantía, en los delitos contra la propiedad, no hace parte de las exigencias típicas de orden objetivo, normativo y subjetivo que, en cada caso, especifican estas figuras penales.

De otra parte, no sobra anotar que cuando la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico no es determinada, la competencia para conocer corresponde a los Jueces de Circuito en el ramo Penal, de conformidad con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal.

Mas como en este proceso fueron averiguados y fallados varios delitos, sometidos a diversas competencias, su conocimiento corresponde al Juzgado Superior, por razón de que el delito más grave es el de homicidio, también imputado a los procesados, (art. 50 del mismo código).

Por último, es evidente que cuando la cuantía de un delito contra la propiedad no es señalada, no se puede agravar la sanción con apoyo en el mayor daño ocasionado a la víctima. El incumplimiento de la previsión contenida en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, no hace más ponderosa la situación del procesado, pues, al contrario, bien puede suceder que se deje de aumentar la pena, sólo porque no se acreditó alguna de las circunstancias que permiten hacerlo, de acuerdo con los artículos 36; 388, ordinal 2º; 399; 401; 403; 410 y 413 del Código Penal, ya citados.

Este cargo, de consiguiente, no fue probado.

Segundo. Que el procesado Alberto Quiñones careció de los medios adecuados para su defensa.

Sobre este particular, la Sala comparte el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, dado que en el juicio el sindicado Quiñones sí fue asistido por su defensor.

Las demoras en proveerlo de apoderado que lo asistiera en la audiencia pública, no constituye una violación del derecho de defensa.

Del acta respectiva aparece que el doctor Eduardo Moncayo B. hizo en la audiencia un extenso alegato oral, y, además, presentó uno por escrito ante el Tribunal Superior de Pasto, cuando esta entidad revisaba la sentencia de primera instancia.

Es cierto que en la etapa del sumario se incurrió en algunas deficiencias, como las de practicar la diligencia de levantamiento de los cadáveres de las víctimas, con la presencia de los sindicados, sin que a éstos se les hubiese hecho asistir por un apoderado, y, asimismo, la de llevar a cabo la diligencia de careo entre aquéllos sin que se proveyera a designar las personas que debían asistirlos. Pero estas irregularidades no afectan el derecho de defensa, en forma que permita declarar la nulidad del proceso, pues durante el juicio, como se observó, contaron Quiñones y Ordóñez con abogados que adelantaron su defensa.

Este segundo cargo, por tanto, tampoco resulta demostrado.

Causal primera de casación:

No incurrió en error de derecho el *ad quem* al tomar en consideración lo previsto en el artículo 33, pues tanto a Quiñones como a Ordóñez se les imputó un concurso material de delitos y el Jurado así lo declaró en su veredicto, al afirmar que ambos son responsables, *como coautores*, tanto en la muerte violenta de Emiliano y Eusebia Vallecilla, como también directamente responsables del delito de robo.

En cambio, al señalar la sentencia recurrida la pena máxima de veinticuatro (24) años de presidio se incurrió en error de derecho, al dejar de tomar en cuenta el mandato contenido en el artículo 39 del Código Penal, sobre aplicación del máximo de la sanción "solo cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad...", habida consideración de que en favor del procesado Alberto Quiñones obra la circunstancia de menor peligrosidad indicada en el ordinal 1º del artículo 38 de la misma obra: su buena conducta anterior.

La pena para este procesado debe rebajarse, entonces, en tres años, correspondiéndole la de veintiún (21) años de presidio.

En cuanto a la sanción señalada para el procesado Eleuterio Ordóñez no hay lugar a proveer, por no haber recurrido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, invalida parcialmente la sentencia de 7 de noviembre de 1960, proferida por el Tribunal Superior de Pasto en este juicio, en el sentido de imponer al procesado Alberto Quiñones la pena principal de *veintiún*

(21) años de presidio, como responsable de los delitos de doble homicidio y robo, de que se ha hecho mérito en este fallo, hechos ocurridos el día ocho de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, en jurisdicción del municipio de Mosquera (Nariño). En lo demás, se mantiene la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad.

Pioquinto León. Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO. NULIDADES EN EL PROCESO PENAL. NULIDAD CONSTITUCIONAL. NULIDADES EN EL SUMARIO. NO TODA IRREGULARIDAD ACARREA LA SANCION DE NULIDAD DE LO ACTUADO EN LOS PROCESOS PENALES. LA CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO CON LOS HECHOS DEJO DE SER MOTIVO DE CASACION. INTERPRETACION Y APLICACION DE LA LEY PENAL. CAUSALES CUARTA Y PRIMERA DEL ARTICULO 567 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

1. "Las nulidades...", ha dicho la Corte..., "se establecen con la finalidad exclusiva de favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es procedente en los casos en que se hallen conculcados o supeditados los derechos de éste, por acciones u omisiones de la ley; pero cuando esa acción u omisión no menoscaba los derechos del sindicato, ni los de la justicia, ni los de la sociedad, no es pertinente su declaratoria, porque lejos de corregir un error, se caería en un abuso más grave, en perjuicio de los intereses de la justicia, de la sociedad y del propio sindicado, que en nada se beneficiaría con la declaratoria de nulidad" (Cas. de 18 de jul. de 1945, G. J. LIX, p. 962, y fallo de 5 de septiembre, de 1952, G. J. t. LXXIII, p. 449).

2. Igualmente la nulidad constitucional, como ha sido doctrina constante de esta Sala, requiere para que prospere que resulten violados derechos y prerrogativas señalados en las normas de procedimiento en beneficio del sindicado, o que se atente contra las disposiciones que regulan las formas propias del juicio, que por ser de orden público, su incumplimiento lesiona los intereses de la justicia misma (véase, entre otros los fallos de 15 de Dbr. de 1950, G. J. t. LXVIII, p. 827; de 11 de jul. de 1952, G. J., t. LXXII, p. 677; de 23 de enero de 1953, G. J. t. LXXIV, p. 150; de 7 de Dbr. de 1955, G. J. t. LXXXII, p. 874; de 24 de nov. de 1953, G. J. t. LXXVI, p. 799; de 10 de Nov. de 1955, G. J. t. LXXXI, p. 813, y de 19 de jul. de 1956, G. J. t. LXXXIII, p. 310).

3. Con relación a las nulidades en el sumario la Corte en providencias de 4 de agosto de 1948, (G. J. t. LXIV, p. 538), y de 15 de nov. de 1949, (G. J., t. LXVI, p. 763), "en el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales y se refieren a la incompetencia de jurisdicción o a la ilegalidad de la personería del querellante, cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tomarse en cuenta".

Es cierto que las ampliaciones del sumario, ordenadas en este proceso, violan lo previsto en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto ellas, cuando hay sindicado detenido, sólo pueden ordenarse por una sola vez. Pero no toda irregularidad acarrea la sanción de nulidad de lo actuado en los procesos penales. Unicamente "cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República" (Sent. de 5 de febrero de 1947, G. J. t. LXII, p. 511), cabe admitir que se cuenta con razón para anular el proceso, por violación de las garantías constitucionales que rigen el trámite de los negocios que se adelanten ante la Jurisdicción Penal (art. 26 de la Carta).

4. El veredicto del Jurado es prueba suficiente para declarar la responsabilidad del procesado, sin que corresponda al Juez de derecho examinar si los medios de convicción tomados en cuenta por aquél constituyen plena prueba, o no. Solamente puede el juez de derecho declarar contraevidente el veredicto con los hechos, lo cual no se hizo en este proceso. Y en numerosos fallos

ha dicho esta Sala que tal contraevidencia dejó de ser motivo de casación, como lo expresa, asimismo, la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal vigente.

Es evidente que el juez de derecho, en este negocio, no podía aplicar la previsión contenida en el artículo 385 del Código Penal, sobre complicidad correlativa, porque las disposiciones pertinentes, de acuerdo con el veredicto del Jurado, son los artículos 362 y 363 del Código últimamente citado.

Si en la sentencia recurrida hubiese el ad quem señalado la atenuación de la pena prevista en el referido artículo 385 del Código Penal, se había colocado en desacuerdo con el fallo de los jueces de conciencia, lo que conllevaba el evento de casación señalado en el ordinal 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplida la tramitación correspondiente, entra la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 15 de noviembre de 1960, por la cual le fue señalada al procesado Alonso Ríos Ruiz la pena de quince años de presidio, más las sanciones accesorias del caso, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jairo Idárraga Valencia.

HECHOS:

Los concreta, así, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal:

"El 27 de enero de 1959 la Alcaldía Municipal de Jardín, en el Departamento de Antioquia, tuvo conocimiento de que en la vereda de 'Las Peñas', se encontraba el cadáver de un desconocido; en tal virtud, en esa misma fecha se ordenaron las primeras diligencias investigativas, siendo entre otras de importancia la de levantamiento del cadáver, practicado ante peritos y mediante la cual se logró la identificación del occiso como la persona que en vida llevara el nombre de Jairo Idárraga Valencia. Con posterioridad, la diligencia de autopsia dio como resultados la presencia de una herida localizada en el hemisferio cerebral derecho, producida con arma de fuego de corto alcance, además de otra situada en la región parieto-temporal derecha, ocasionada con arma cortante y contundente.

"Inicialmente y por meras sospechas que no lograron concretarse, fueron detenidos unos sujetos de apellido Restrepo, sobre quienes circulaban cargos en el sentido de haber sido los presuntos homicidas de Idárraga. Sobre estos ciudadanos no alcanzó a ameritarse providencia alguna, siendo puestos en libertad poco tiempo después de capturados. Proseguida la investigación, se tomó la declaración de María Magdalena Ruiz, persona que en la mañana del 27 de enero ocasionalmente descubriera el cadáver de Idárraga y diera de ello aviso a los vecinos. Ningún dato proporciona sobre la ocurrencia posible de los hechos trágicos, limitándose a afirmar que desconocía si el occiso tenía enemigos, y menos suponer quién le había causado la muerte.

"Fueron indagatoriados Marco Antonio Restrepo Ospina y Guido Restrepo Ospina, pero los relatos hechos por ellos ningún dato de importancia arrojó para el averiguatorio. La señorita Blanca Lourdes Colorado, novia del muerto, prestó su declaración ante el Despacho de la Alcaldía y de ella sólo puede destacarse el que la última oportunidad en que Jairo estuvo en su casa fue el miércoles anterior al encuentro de su cadáver, no sabiendo nada de él desde entonces, ni de su paradero. La hermana de Idárraga, de nombre Blanca Nieves, afirmó en su declaración que el miércoles, a eso de las seis de la tarde, llegó a su casa el occiso para amanecer luego en la de Pedro Pablo Chaverra, día jueves éste en que le informó que se dirigía a la 'Herrera', a donde un amigo y que al viernes siguiente volvería acompañado de ese amigo, de quien anotó que era una persona muy mala. A partir de ese día, afirma la declarante, no volvió a ver a su hermano.

"Se producen luego distintas declaraciones, tales como la de la señorita Dolly Idárraga, Carmen Valencia Agudelo, personas que hacen recaer sospechas sobre los Ospina Ortiz, pero que no hallaron nada verdaderamente significativo para aclarar los sucesos.

"La investigación fue adelantándose paulatinamente, hasta el extremo de que sobre la base que proporcionaran varias declaraciones se formó la sospecha de que el matador de Idárraga había sido el señor Alonso Ríos Ruiz, contra

quien se libró orden de captura. El 3 de febrero de 1959, este ciudadano rendía indagatoria ante el Despacho de la Alcaldía Municipal de Jardín, y dentro de esta diligencia se logró establecer la amistad íntima que le vinculaba con el occiso y la frecuencia con que se visitaban en sus casas. Con base en algunos indicios, la Alcaldía procedió a la detención de Ríos, cosa que se cumplió el 12 de marzo de dicho año de 1959. No obstante ello, la situación se presentaba extraordinariamente confusa y solamente pudo aclararse por el testimonio que rindiera Luis Osorio Sánchez y que obra al folio 70, en la cual manifiesta lo siguiente:

'Hace por ahí mes y medio más o menos, que el señor Alonso Ríos está en la cárcel del Circuito de Andes, donde me encontraba yo; los primeros días fuimos compañeros de celda y ahí nos conocimos; conversábamos de todo y cuando ya teníamos confianza, le pregunté por qué lo llevaron, y me dijo que sindicado de homicidio; yo le pregunté a quién y me dijo que a Jairo Idárraga; yo vi la cosa como muy buena para investigarla y me hice amigo de él; le pregunté un día que si no era muy amigo de Jairo, que yo había oído decir que eran muy buenos amigos, y me dijo que sí, que eran muy íntimos amigos, pero que se lo había echado de enemigo porque había hecho un robo en Guayaquil y Jairo lo había saqueado; que por eso le había cogido fastidio y lo aborrecía mucho; que él había prometido que se vengaba de cualquier manera que fuera; yo hablé mal de Jairo, con la curiosidad de que me revelara algo, y dije que siquiera lo habían matado, que yo también lo aborrecía; me preguntó si era enemigo mío y yo con la curiosidad, le dije que éramos muy enemigos y me contestó que entonces ya me habían quitado un enemigo de encima; entonces me llamó y me dijo: me pareces un hombre serio, te voy a contar una cosa, pero me guardas la reserva; yo le prometí guardar la reserva y que estuviera tranquilo. Entonces me dijo: que él se había venido de Andes un lunes para acá, para El Jardín y se había ido para la vereda de Berdún, donde sabía él que se encontraba por ahí, con otros dos compañeros. Esos compañeros eran los que iban a tomar parte con él en el asesinato, o mejor, estos eran con los que iba a dar muerte; él se venía todos los días para acá, para el pueblo, a preguntar cuándo salía Jairo para la finca; cuando le manifestaban que no se había ido, se volvía para Berdún; luché mucho por sacarle quiénes eran los compañeros, pero me dijo que él a ellos no los sapiaba (sic), que si le tocaba, pagaba él solo, pero no los sapiaría (sic). Siguió contándome, que el día que le habían contado que Jairo estaba en la finca, se volvió para Berdún y subió con los compañeros por el camino de Berdún para arriba. Preguntaron y se dieron cuenta de que Jairo estaba en la casa de la novia o amiga, se vinieron a esperarlo en donde sabía que salía del camino a la calle real, donde se guía a la casa; cuando Jairo llegó le pusieron conversa los tres y le dijeron que le estaban esperando para que se fueran para la casa de él, que tenían muchos deseos de estar unos días en la casa de él; entonces se fueron para la casa todos conversando amigablemente; entonces los otros compañeros de Jairo se adelantaron un poquito, Jairo al medio y Alonso atrás; habían caminado ya un poquito y se detuvieron los de adelante, voltiaron y se detuvo Jairo, y cuando Alonso vio que Jairo se detuvo, sacó la peinilla y le pegó el peinillazo; cuando él le dio el peinillazo, Jairo trató de sacar el revólver, viéndose herido y Jairo ya no pudo porque se le fueron todos tres al cuerpo y le quitaron el revólver y unas cosas que tenía, no me dijo qué cosas, y entonces me dijo que le habían dado el balazo. Hasta aquí me contó y luego me dijo que el revólver que tenía Jairo era un Smith oficial; los tipos se fueron, no me dijo para donde, y él se vino para acá, para el pueblo; entonces me contó que se había venido a entregar una ruana que le habían prestado, tampoco me dijo quién; él se vino y como había hecho una cosa tan bien hecha, sabía que nadie se había dado cuenta de nada; y que a él lo habían llevado por sospechas, pero que estaba tranquilo, porque a él no le comprobaban eso'.

"Al ser preguntado Osorio Sánchez por el funcionario...", continúa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal..., "manifestó que Ríos le dijo que el asesinato había sido el domingo; que el arma que llevaba Alonso era una peinilla y que él se había quedado con el revólver, porque le tenía mucha gana al arma. Agregó el declarante que Ríos le había manifestado escuetamente que la causa de haber asesinado a Jairo había sido la de que éste había contado lo del robo a don Hernán Jaramillo, en Guayaquil. Tras otros pormenores de escaso interés, afirma que la hermana de Ríos, que va mucho a la cárcel, lleva un anillo muy parecido al que Jairo portara y que él le había conocido.

"En diligencia de careo realizada el 28 de abril, Ríos negó todos los hechos que Osorio Sánchez afirmaba le había contado en la celda de la cárcel. Mediante esta diligencia se estableció, por pregunta que le hiciera el instructor, que Osorio había ofrecido hacer conocer a la

justicia lo que sabía, de manera espontánea, sin que persona alguna le hubiera ofrecido la libertad a cambio de las revelaciones que proporcionara.

"Se puede establecer, por los autos, que el sábado 24 de enero fue visto Jairo Villaraga (sic) en compañía del sindicado Ríos R., en un sector de la población de Jardín, denominado Guayaquil. Los señores Roberto Arango y Rubén Vargas Moncada, en sus declaraciones de folios 32 y 36, así lo dicen. El sindicado, en su indagatoria, negó rotundamente este hecho. Pudo también establecerse que el señor Javier Ceballos había prestado a Ríos Ruiz una ruana, prenda cuya devolución posterior efectuó Ríos Ruiz a su dueño. Al folio 69, la señorita Ruby Agudelo afirma que pudo enterarse de que Ríos tenía seria enemistad con Jairo Idárraga, por razón de haberle éste increpado el robo que hiciera a don Hernán Jaramillo, y agrega que al día siguiente de haberse encontrado el cadáver de Idárraga, halló a Ríos vestido de ruana, prenda que normalmente no usaba y que al preguntarle por Jairo, le había respondido Ríos que no iba a su casa, porque este no se encontraba allí".

DESARROLLO DEL PROCESO:

Llamado a juicio el procesado y en firme esta providencia, luego de practicadas algunas pruebas solicitadas por el sindicado, el día 5 de julio de 1960 se llevó a cabo la audiencia pública, en la cual le fue propuesto al Jurado el siguiente cuestionario, que respondieron *afirmativamente:*

"El acusado Alonso Ríos Ruiz es responsable de haber lesionado, con el propósito de matar, con armas cortante y contundente y de fuego (machete y revólver) y con circunstancias de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y en condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima, a Jairo Idárraga Valencia, a consecuencia de lo cual falleció éste instantes después, hecho cometido en el punto denominado 'El Aguacate', vereda de 'Las Peñas' del municipio del Jardín, en uno de los días comprendidos entre el veinticuatro y el veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve?".

Y con apoyo en el anterior veredicto, tanto el Juzgado 2º Superior de Medellín, como el Tribunal Superior de la misma ciudad, impusieron al procesado Alonso Ríos Ruiz la pena de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jairo Idárraga Valencia, tomando en consideración los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal.

Es de anotar que el segundo cuestionario propuesto a los jueces de conciencia, relacionado con el posible delito de robo imputado al mismo Ríos Ruiz, fue contestado negativamente.

DEMANDA DE CASACION

El mandatario del procesado invoca las causales cuarta y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, para impugnar la sentencia recurrida, así:

Causal cuarta:

Señala los siguientes cargos:

a) Que "al procesado Alonso Ríos Ruiz se le quebrantó el derecho de defensa a que legalmente tenía derecho en la etapa investigativa del proceso, practicando diversas diligencias, sin la presencia de apoderado que la ley prescribe".

Como "demostración del cargo", anota lo que pasa a transcribirse:

"La ley de procedimiento penal prescribe que el procesado, desde el momento en que sea llamado a rendir indagatoria, tiene el derecho de nombrar un apoderado y si así no lo hiciere, el Juez o funcionario de instrucción se lo nombrará de oficio. Tal cargo puede recaer en cualquier funcionario honorable, aun cuando no sea abogado titulado, pero 'únicamente para los efectos de la indagatoria', dice el artículo 5º de la Ley 21 de 1931. Dicho artículo quedó vigente, a pesar de la reforma que fue introducida por medio de la Ley 69 de 1945.

"La norma anteriormente citada es operante cuando no hay abogado titulado que represente los intereses del procesado, pero solamente para los efectos de la indagatoria, como atrás se dijo. En cualquier otra diligencia, como reconstrucción de los hechos, careos, petición de libertad, tiene que estar asistido por un abogado titulado que si no fuere designado por el procesado, el funcionario se lo nombrará de oficio.

"En este proceso no se cumplió con esta formalidad de la ley, puesto que cuando el proceso subió por primera vez al Juzgado Superior, en el mismo auto que ordenó la ampliación del sumario, se ha debido nombrar un apoderado que asistiera al sindicado.

"La personería judicial del apoderado de oficio que no sea abogado titulado no se puede extender más allá de la diligencia de indagatoria, siendo contrario a la ley resolverle peticiones de libertad, como la que aparece al folio 141, que determinó la vista fiscal visible al folio 150 y el auto del Juzgado Superior del folio 152.

"No era procedente el auto visible al folio 149 v., que ordena pasar el proceso para concepto de excarcelación al señor Fiscal, puesto que la petición de excarcelación ya había sido resuelta por el Alcalde, en su oportunidad y no habiéndose interpuesto contra el auto que la negó, recurso alguno, no había petición de libertad qué resolver. Tampoco aparece que se hubiera impetrado nueva solicitud en tal sentido.

"Alonso Ríos Ruiz estuvo huérfano de defensa a través de la etapa sumarial, quebrantándose en tal forma el derecho de defensa, hasta el punto de que al notificarse el auto de cierre de la investigación, dicho acto se cumplió únicamente con el fiscal y el procesado (f. 177 v.).

"Por manera que Alonso Ríos Ruiz no estuvo asistido por abogado versado en la ciencia del derecho, que pidiera pruebas, lo asistiera en los careos, con lo cual se violó el sistema de defensa".

Agrega que fueron violados "los artículos 104, 111 del Código de Procedimiento Penal, que inciden en violación indirecta del artículo 26 de la Constitución Nacional".

b) Que "la sentencia impugnada es violatoria de la ley procedimental, por haberse ordenado la práctica de pruebas por segunda vez, habiendo procesado detenido".

Expresa que "al folio 90 del expediente aparece el auto comisorio ordenado por el señor Juez 2º Superior, con fecha 21 de mayo de 1959, por medio del cual se comisionó al señor Alcalde de 'El Jardín' para que practique diversas diligencias ordenadas en el mismo auto. El expediente fue recibido por el funcionario comisionado el día 14 de junio de 1959, para que cumpliera lo dispuesto por el juez del conocimiento, y se le señaló un término de treinta días, para el cumplimiento de la comisión.

"Está demostrado que el señor Alcalde recibió el preso y el sumario el 14 de junio de 1959, y solamente devolvió el día 31 de agosto del mismo año, es decir, cuando habían transcurrido más de 75 días".

Repite que el *a quo* resolvió sobre una solicitud de excarcelación ya tramitada por el instructor y agrega que en ese auto "se ordena una segunda comisión, habiendo procesado detenido y por otros treinta días, a fin de que el señor Alcalde cumpla con lo ordenado en el mismo auto. El expediente fue recibido por el señor Alcalde, el día 2 de octubre de 1959, cumplió el funcionario con lo ordenado por el superior y devolvió el sumario y el preso, con fecha 15 del mismo mes, al señor juez del conocimiento".

Transcribe, luego, el texto de los artículos 422 y 178 del Código de Procedimiento Penal, y observa que "en el caso de autos, se quebrantó el artículo..." primeramente citado:..., "que es una norma que garantiza los derechos del procesado, de que a su negocio se le imprima una rápida acción procesal, para que la duración de su proceso sea más vecina al delito cometido. Cuando esto no se realiza por negligencia o inercia del funcionario instructor, se puede afirmar que se está violando el sistema procesal y quebrantando la plenitud de formas propias de cada juicio, que exige el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Agrega que "si el comisionado no cumplió con los términos formulados para el cumplimiento de la comisión conferida, los actos realizados por el instructor son nulos, por haber caducado el derecho que tenía para realizarlos. Sobre tales actos afectados con sanción de nulidad —artículo 202 del Código de Procedimiento Penal— fundó su apreciación... el Jurado..." y dedujo la responsabilidad de Alonso Ríos Ruiz. Como según reiterada jurisprudencia de la honorable Corte, a la Corporación no le está permitido sobre cuáles fueron los medios de convicción de los cuales el Jurado dedujo la responsabilidad del procesado, pero una vez conocidos estos medios, la Corte sí puede y debe analizarlos, para averiguar si estos medios se acomodan a los presupuestos procesales y de derecho, de los cuales depende la validez de los juicios penales.

Concluye el planteamiento de este segundo cargo expresando que impugna "la sentencia recurrida, por la violación en que incurrieron los juzgadores de instancia, de los artículos 178 y 422 del Código de Procedimiento Penal, ya que el procesado tenía derecho a que su negocio se tramitara dentro de los precisos términos señalados por las leyes de procedimiento penal. Su quebrantamiento determina la sanción prevista en el artículo 26 de la Carta Fundamental, por inobservancia de 'la plenitud de formas' propias de cada juicio, a que Alonso Ríos Ruiz tenía pleno derecho".

—

c) Que "la sentencia condenatoria proferida por el honorable Tribunal Superior contra Alonso Ríos Ruiz descansa sobre el testimonio de un delincuente llamado Luis Osorio Sánchez, quien estaba preso en la cárcel de la población de Andes junto con Ríos Ruiz y que exhibe..." un extenso... "prontuario delictivo", el que luego transcribe.

Expresa que fueron violados los artículos 203, 204 y 255 del Código de Procedimiento Penal y hace luego un extenso examen del testimonio del nombrado Osorio Sánchez, para concluír que no ofrece credibilidad.

Observa, asimismo, que es este testimonio la prueba única tomada en cuenta para condenar a su mandante, y afirma que por tal motivo, esto es, por cuanto "la prueba tenida en cuenta para fundar..." la sentencia... "está erróneamente interpretada e ilegalmente producida...", se violaron "normas procesales de ineludible cumplimiento por parte de los juzgadores de instancia, cuya violación en este caso especialísimo tiene proyecciones en el artículo 26 de la Constitución, que habla de la plenitud de formas propias del juicio, que en el caso de Alonso Ríos se quebrantaron".

Causal primera

Indica los siguientes cargos:

a) Que la sentencia impugnada viola el artículo 363 del Código Penal, "en razón de que al procesado se le dedujo una responsabilidad que no está demostrada en los autos, y porque a la sentencia se le dio vida jurídica por errónea interpretación de los textos legales".

Expresa que "no está demostrado en el proceso el factor intencional o dolo específico necesario para probar los elementos integrantes del delito de homicidio agravado imputado a..." Ríos Ruiz; y que no aparece acreditado que éste sea el autor de dicha violación penal.

—

b) Que "el expediente prueba que los que dieron muerte a Jairo Idárraga fueron varios sujetos. Uno le pegó un peinillazo y todos 'tres se le fueron al cuerpo y lo desarmaron' y le hicieron un disparo que terminó con su vida. Forzosamente tenemos que aceptar, conforme a la realidad procesal, que dada la naturaleza y calidad de las heridas, que fueron varios los autores del delito de homicidio y como no fue posible determinar su autor, estamos ante la figura de la complicidad correlativa prevista en el artículo 385 del Código Penal, que a pesar de estar demostrada en el expediente, no fue tenida en cuenta por el Tribunal Superior, modalidad que incide en indebida aplicación de la norma del 363 del Código Penal, puesto que el procesado tenía derecho a que se le reconociera la atenuante del 385, en guarda del principio 'in dubio pro reo' consagrado en el artículo 3º del Código Penal, en armonía con el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 204 del Código Penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, respecto de los cargos hechos a la sentencia recurrida, lo siguiente:

1º "En cuanto atañe a la presunta nulidad supralegal que se esboza como violada para el caso presente, por falta de adecuado juzgamiento e inobservancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, esta situación no la encuentra estructurada, en parte alguna, este Despacho. Debe considerarse, pues, que este primer cargo no ha obtenido la prosperidad pretendida y que ha sido insuficiente su demostración".

Afirma que "el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, no ha sido violado en forma alguna dentro del expediente o proceso que se analiza, así como tampoco lo fue el artículo 111 del mismo estatuto".

2º "Es cierto lo que afirma el impugnador... sobre posible violación de los artículos 178 y 422 del Código de Procedimiento Penal...; mas las proyecciones que dictamina a las irregularidades que anota no pueden estimarse a la luz de los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, y mucho menos a ser consideradas como nulidades supralegales. Lo puramente informal no engendra nulidad, siendo sí censurable, pero jamás sancionable, al tenor de los preceptos invocados. Debe quedar en claro que el derecho de defensa del procesado no sufrió mengua ninguna y que se ejercitó con amplitud, sin coerciones extrañas al procedimiento".

3º "¿Puede la sentencia del *ad quem*..." se pregunta el Ministerio Público..., "para el caso, ser atacada por violación de los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal? Veámoslo: Como anteriormente se consagró en el capítulo destinado al examen de los hechos e impulso procesal dado a la investigación, esta obtuvo su clímax con la declaración de Luis Osorio Sánchez, que obra al folio 70. Ella fue traída al

expediente en ceñimiento absoluto a los preceptos y normas procesales, dada espontáneamente a la justicia y captada con acuerdo al régimen legal que le era aplicable. No cabe objeción alguna sobre el particular. El error del impugnador reside en la interpretación equivocada que da a un giro empleado por el Tribunal, cuando se refiere a esta declaración, relacionándola con los hechos que se imputan a Ríos. Al efecto, dice la Corporación (f. 266) que '...aparece entonces la declaración de Osorio Sánchez, detenido en la cárcel del Circuito de Andes desde tiempo anterior a la iniciación de este sumario y a quien el sindicado Ríos hace confesiones claras y precisas sobre los desarrollos de los hechos'. De ello tomó pie el apoderado para concluír que esta 'supuesta confesión no tiene respaldo alguno' porque está en desacuerdo con el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal. Pero este aparente argumento lo destruye la Corporación, cuando más adelante en su misma providencia agrega: '... antes de este testimonio, de esta confesión, esos indicios eran de escaso valor...', y luego... 'este testimonio que ha servido de basamento para el llamamiento a juicio... está adornado de todos los requisitos que le hacen fidedigno...'.

"No hay lugar, pues, a suponer cercenamiento de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Constitución Nacional; por ende, tampoco supone tenerse demostrado el cargo que se examina.

"Si bien el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal da las normas para apreciar la credibilidad del testigo, para el caso ellas tienen cumplida aplicación; no obstante que, como lo repara la demanda, Osorio tuviera a su haber antecedentes de condenas por diversos delitos. Ello no empece para que fatalmente se desechara e ignorara su dicho, más cuando iba corroborado por indicios que lo abonan en cuanto a la comisión y autoría de los hechos que originaron este negocio contra Ríos. El Tribunal sopesó su testimonio y le prestó fe con razones respetables, en concepto de este Despacho. También así lo hizo el *a quo*. Las consideraciones que sobre este propósito hace el impugnador no son enteramente adecuadas, a manera de premisas esenciales para recabar una nulidad".

Como conclusión del examen que el Ministerio Público hace de los tres anteriores cargos, señala que "la causal cuarta de casación no tiene prosperidad".

En cuanto a la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, también invocada por el demandante, expresa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"Si se estudia con todo cuidado la declaración rendida por Luis Osorio Sánchez..., se halla que este sujeto relata al instructor la versión que sobre los hechos le hiciera Ríos..., así: '... entonces se fueron para la casa todos conversando amigablemente, entonces los otros compañeros de Jairo se adelantaron un poquito y se detuvieron los de adelante; voltiaron y se detuvo Jairo y cuando Alonso vio que Jairo se detuvo sacó la peinilla y le pegó el peinillazo...'. Este primer aparte transcrito es lo que suficientemente determina la autoría del machetazo que recibiera Idárraga, como propinado (sic) por Ríos, y sobre el particular debe recordarse que la diligencia de necropsia (f. 13) dice así a propósito de esta herida: '...herida de arma cortante contundente en la región parieto-temporal cervical derecha, de unos catorce centímetros de longitud, que desprendió casi en su totalidad el pabellón de la oreja, interesó piel, tejido celular subcutáneo, aponeurosis, músculo y ocasionó fractura de los huesos temporal y parietal...', y concluye: '...la herida descrita es de carácter muy grave y probablemente mortal'.

"Siguiendo la versión de Osorio, hallamos que posteriormente se presentó una lucha cuerpo a cuerpo entre Idárraga y los compañeros de Ríos, siendo desarmado por estos y herido nuevamente con el revólver que intentara sacar para su defensa. El arma —agrega Osorio— quedó en poder de Ríos, quien la apetecía.

"Es verdad que no podría afirmarse que este disparo lo hiciera Ríos, porque las palabras con que se expresa Osorio no son claras al respecto: '...me dijo que le habían dado un balazo', expresión que bien cabe interpretar como que esto fuera obra de los compañeros o del procesado. Más es indudable, que dada la naturaleza mortal del machetazo, según los legistas, la muerte de Idárraga se debió a la actividad desarrollada por Ríos. No ofrece campo la figura de la complicidad correlativa para ser tenida en consideración, a pesar de que hubieran sido varios los sujetos que actuaron en el hecho ilícito, pero no como autores de él —como lo afirma sin piso procesal el recurrente— porque el autor del machetazo letal fue plenamente establecido en autos.

"Es sensible, sí, que la investigación no fuera orientada a localizar los compañeros de Ríos, pero este es aspecto que en nada incide sobre la validez de la sentencia que se censura".

Concluye del examen del cargo anterior solicitando que se declare no probada la causal primera de casación invocada.

LA SALA CONSIDERA:

Con respecto a los cargos hechos al fallo recurrido, la Sala estima lo siguiente:

Primero. Causal Cuarta de Casación.

Ocurre "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", (art. 567 del C. de P. P.).

"Las nulidades...", ha dicho la Corte..., "se establecen con la finalidad exclusiva de favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es procedente en los casos en que se hallen conculcados o supeditados los derechos de éste, por acciones u omisiones de la ley; pero cuando esa acción u omisión no menoscaba los derechos del sindicado, ni los de la justicia, ni los de la sociedad, no es pertinente su declaratoria, porque lejos de corregir un error, se caería en un abuso más grave, en perjuicio de los intereses de la justicia, de la sociedad y del propio sindicado, que en nada se beneficiaría con la declaratoria de nulidad", (Cas., de 18 de jul. de 1945, G. J. LIX, p. 962, y fallo de 5 de sept., de 1952, G. J., t. LXXIII, p. 449).

Igualmente la nulidad constitucional, como ha sido doctrina constante de esta Sala, requiere para que prospere que resulten violados derechos y prerrogativas señalados en las normas de procedimiento en beneficio del sindicado, o que se atente contra las disposiciones que regulan las formas propias del juicio, que por ser de orden público, su incumplimiento lesiona los intereses de la justicia misma, (véanse, entre otros, los fallos de 15 de Dbr. de 1950, G. J. t., LXVIII, p. 827; de 11 de jul. de 1952, G. J., t. LXXII, p. 677; de 23 de enero de 1953, G. J., t. LXXIV, p. 150; de 7 de Dbr. de 1955, G. J., t. LXXXI, p. 874; de 24 de nov. de 1953, G. J., t. LXXVI, p. 799; de 10 de Nov. de 1955, G. J., t. LXXXI, p. 813, y de 19 de jul. de 1956, G. J., t. LXXXIII, p. 310).

Ahora bien:

a) Dice el impugnante que Alonso Ríos Ruiz no contó con un abogado que lo asistiera en la etapa del sumario y que, por tal motivo, se violó su derecho de defensa.

Al respecto, debe tomarse en consideración que durante el juicio fue asistido por un profesional de la abogacía, etapa ésta del proceso en la cual se concreta la necesidad de la defensa, por razón de los cargos que al sindicado se formulan en el auto de proceder.

En las diligencias cumplidas con el procesado en este negocio, durante la instrucción, (indagatoria y careo con el testigo, fs. 35 a 38 y f. 76 a 77, respectivamente), estuvo asistido por el señor Jesús Abreu Calle, designado como apoderado por el mismo Ríos Ruiz.

Y como no aparece acreditado que en el municipio de Jardín (Antioquia) estuviese, para la fecha de las diligencias antes citadas, abogado alguno residenciado allí, resulta pertinente lo previsto en el artículo 5º de la Ley 21 de 1931, esto es, que "el cargo de apoderado, únicamente para los efectos de la indagatoria del sindicado, puede ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que en el lugar donde se cometió el delito, o donde se decrete la detención preventiva, no hubiere abogado inscrito, que atienda en esa diligencia al presunto delincuente, o porque exista cualquier otro motivo debidamente justificado".

De otra parte, como lo expresa la Corte en providencias de 4 de agosto de 1948, (G. J., t. LXIV, p. 538), y de 15 de noviembre de 1949, (G. J., t. LXVI, p. 763), "en el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales y se refieren a la incompetencia de jurisdicción o a la ilegalidad de la personería del querellante, cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tenerse en cuenta".

Las diligencias de indagatoria y careo, aludidas, se cumplieron con el lleno de las formalidades legales, pues, se repite, no estando acreditado que en la población de Jardín existiera, para entonces, abogado inscrito en la oficina del instructor, lo señalado en el artículo 5º de la Ley 21 de 1931 debe tenerse como pertinente.

Y en cuanto a la falta de notificación al apoderado del auto que declaró clausurada la etapa del sumario, ello no constituye una irregularidad que incida en el derecho de defensa, con el alcance de acarrear la nulidad del proceso.

Este primer cargo, pues, no resulta demostrado.

---

b) Es cierto que las ampliaciones del sumario, ordenadas en este proceso, violan lo previsto en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto ellas, cuando hay sindicado detenido, sólo pueden ordenarse por una sola vez. Pero no toda irregularidad acarrea la sanción de nulidad de lo actuado en los procesos penales. Unicamente "cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República" (Sent. de 5 de febrero de 1947, G. J., t. LXII, p. 511), cabe admitir que se cuenta con razón suficiente para anular el proceso, por violación de las garantías constitucionales que rigen el trámite de los negocios que se adelanten ante la Jurisdicción Penal, (art. 26 de la Carta).

Pero la irregularidad señalada por el demandante, ni afecta el derecho de defensa de Ríos Ruiz, ni incide en las formas propias del juicio, pues éste se ciñó al trámite correspondiente.

Este segundo cargo, por tanto, no resulta demostrado.

c) Se pregunta el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal si puede la sentencia del *ad quem*, en este negocio, ser atacada, como lo hace el recurrente, por violación de los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, y es lógico responder que no.

Las disposiciones citadas dicen lo siguiente:

Artículo 203. "No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

Artículo 204. "En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda debe resolverse a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla".

En los negocios en que interviene el Jurado, corresponde a éste apreciar las pruebas del proceso según su íntima convicción, en lo cual es absolutamente libre. Y en este negocio los jueces de conciencia declararon a Alonso Ríos Ruiz "responsable de haber lesionado, con el propósito de matar, con armas cortante contundente y de fuego (machete y revólver) y con circunstancias de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y en condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima, a Jairo Idárraga Valencia, a consecuencia de lo cual falleció éste instantes después...".

El veredicto del Jurado es prueba suficiente para declarar la responsabilidad del procesado, sin que corresponda al juez de derecho examinar si los medios de convicción tomados en cuenta por aquél constituyen plena prueba, o no. Solamente puede el juez de derecho declarar contraevidente el veredicto con los hechos, lo cual no se hizo en este proceso. Y en numerosos fallos ha dicho esta Sala que tal contraevidencia dejó de ser motivo de casación, como lo expresa, asimismo, la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal vigente.

Este último cargo, propuesto con invocación de la causal cuarta de casación, tampoco aparece demostrado.

Segundo. Causal Primera de Casación

Se presenta "cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", (art. 567 del C. de P. P.).

Es evidente que el juez de derecho, en este negocio, no podía aplicar la previsión contenida en el artículo 385 del Código Penal, sobre complicidad correlativa, porque las disposiciones pertinentes, de acuerdo con el veredicto del Jurado, son las de los artículos 362 y 363 del Código últimamente citado.

Si en la sentencia recurrida hubiese el *ad quem* señalado la atenuación de la pena prevista en el referido artículo 385 del Código Penal, se había colocado en desacuerdo con el fallo de los jueces de conciencia, lo que conllevaba el evento de casación señalado en el ordinal 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En ninguna violación de la ley penal se incurre en la sentencia impugnada, ni por errónea interpretación, ni por indebida aplicación de la misma.

Este cargo, pues, no resulta demostrado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 15 de noviembre de 1960, de que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO CALIFICADO Y LESIONES PERSONALES. PRUEBA INDICIAL. ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS. CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

El Código Procesal vigente, que es por cierto muy parco en definiciones, y sin embargo define como indicio "un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro", (art. 216), definición ésta que tiene la particularidad de coincidir casi exactamente con la de Dellepiane, porque no en balde los redactores de aquel estatuto dejaron consignadas en las actas de la Comisión del proyecto que llegó a ser la Ley 94 de 1938, que el capítulo de las pruebas se inspiró en la famosa obra del citado autor, titulada "Nueva Teoría General de la Prueba".

En efecto, qué es un indicio, se pregunta Dellepiane. Y contesta: "Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido".

Pero para que el hecho tenga las notas de indicio es menester que reúna ciertas características, pues mientras ellas no confluyan en el caso, la desarticulación que produce lleva inexorablemente a desvertebrar toda la armazón así formada y por consecuencia a la inhabilidad de la prueba para producir la certeza.

Una de esas características es la concordancia, pues sin ésta en nada contribuirían los hechos a formar un todo convergente en orden a producir una resultante, como señalar que un determinado sujeto es el autor de un delito.

Siendo el indicio una operación mental, debe estar regulado por un proceso semejante, de manera que entre los hechos indicadores y los indicados exista una relación, una concatenación y lógica consecuencia de tal naturaleza que no permita descubrir hecho alguno que explique de otra manera la resultante, que no viene a ser cosa distinta del producto de aquel proceso, o sea el hecho desconocido que se trata de establecer. Si alguna interferencia lógica se presenta en aquel proceso, el resultado es que el indicio desaparece como tal para dejar sólo una simple sospecha o un indicio en estado bruto, que por serlo no reúne los requisitos legales para constituír plena prueba, porque abre el camino a la duda, que en materia penal produce como efecto la imposibilidad de la certeza en el espíritu del Juez.

Indudable importancia tiene el siguiente párrado del Profesor Dellepiane, autor antes citado: "En efecto, no ya el desacuerdo total de los indicios, sino la mera discordancia de un solo indicio, bien comprobado, con los demás, sería suficiente para producir la duda en nuestro espíritu, y para hacernos sospechar de la acción del azar o la existencia de la falsificación de prueba".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

El doctor Jaime Chaves Echeverri, abogado inscrito en la Corte, como apoderado especial de los procesados Pedro Angel Ramírez y Luis Carlos Jaramillo Cardona, sindicados del delito de homicidio calificado en la persona del señor Domingo López y lesiones personales en la señora María Libia Isaza de López, esposa del occiso, interpuso por medio de sendas demandas, el recurso de casación contra la sentencia de fecha 30 de agosto de 1960, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por medio de la cual se impusieron a aquellos dos sujetos las penas de 21 años y 40 días de presidio y 15 años de igual pena, en su orden, más las incorporales de rigor. El hecho ocurrió en las horas de la madrugada del 18 de diciembre de

1959, en el paraje de "Siete Cueros", vereda de Santa Rita, Municipio de Samaná.

Como se han cumplido los presupuestos legales para el recurso extraordinario interpuesto, procede la Corte a su estudio, ya que las demandas llenan los requisitos que la ley establece al efecto.

HECHOS

En las horas de la noche del 17 de diciembre de 1959, en una cantina ubicada en el sitio en donde antes se dijo ocurrió el delito, de propiedad de Pedro Angel Ramírez y Luis Carlos Jaramillo, éste último administrador de ella, se dedicaban a ingerir bebidas embriagantes, entre otras personas, los dueños del establecimiento, José Antonio Cruz (a. "Gavilán"), Alpidio Díaz y Domingo López. Ya avanzada la noche, solo permanecieron allí los sindicados Ramírez y Jaramillo, Domingo López y su esposa María Libia Isaza, al igual que José Antonio Cruz. A las cinco de la madrugada los esposos López-Isaza salieron en dirección a la cantina de José Marín, situada en las vecindades, con el objeto de continuar sus libaciones. En espera de que ésta fuera abierta, se sentaron en un banco cerca de la puerta, siendo en tal momento cuando recibieron un disparo de escopeta, el que causó la muerte casi instantánea de Domingo López y algunas lesiones en la persona de su esposa.

De tales hechos no hubo testigos presenciales, aparte de la señora María Libia. Es verdad que fueron llamados a declarar posteriormente los dos hijos menores de ésta, William y Ramiro, quienes junto con ella sindican a Ramírez y Jaramillo como los autores del delito.

ACTUACION PROCESAL

Las incidencias procesales de este negocio acusan un marcado interés.

En efecto, el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Manizales, en su concepto de fondo de folios 94 a 100 del cuaderno primero, abogó por la tesis de un sobreseimiento temporal en favor de los incriminados. Es verdad que el funcionario aludido se adentra en una teoría abstracta sobre el carácter mítico del niño, al analizar los testimonios de William López Isaza y Ramiro López Isaza, hijos de los ofendidos, de ocho años y medio y cinco años y medio, respectivamente, de los cuales dice que conforme a la psicología infantil, el niño "vive una vida mítica o para decirlo de manera más sencilla, una vida de mentira". A la vez también abona la declaración de la cónyuge del occiso, como elemento de juicio en el caso, pero sin precisar en dónde radica la verdad que encierra el contenido mismo de su declaración. Son apreciaciones abstractas, sin acercarse en nada a la realidad ni menos al escrutinio de los elementos probatorios que ofrece el proceso para determinar su grado de certeza, incertidumbre, duda o perplejidad que manifiestan. Pero así y todo, aunque no lo diga expresamente, en lenguaje legal, los argumentos del señor Fiscal no quieren decir nada distinto de que en este caso particular se está en presencia del numeral 2º del artículo 436 del Código de Procedimiento Penal —el primer numeral no hay para qué mencionarlo, porque no cabe en él—, esto es, que no existe en el proceso la prueba suficiente para llamar a juicio.

Por su parte, el señor Juez Segundo Superior de Manizales acoge en razonado proveído (fl. 101 a 117 del cuaderno primero) el concepto fiscal. Hace esa providencia algún análisis del acervo probatorio y al referirse a alguno de los indicios que se han querido convertir en prueba de cargo, el referente a la desaparición de la escopeta de propiedad de Jaramillo y que éste tenía en la fonda, en los mismos momentos en que fue asesinado Domingo Antonio López y lesionada su esposa, afirma que tal circunstancia "hasta haría más factible el hecho muy significativo que ella y sus menores hijos denuncian, de que fue con dicha arma (escopeta de Jaramillo) con la cual Pedro Angel Ramírez dio muerte a López e hirió a la señora Isaza".

Sin embargo de esta afirmación, la providencia del Juez mencionado concluye:

"Si bien, con las pruebas anotadas no alcanza a darse el lleno de las formalidades legales que para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, sí existen dudas sobre la responsabilidad de los presuntos acusados, y por ello será por ahora indispensable sobreseer temporalmente a su favor, ordenándose como consecuencia justa de dicha determinación, reabrir la investigación, para practicar diligencias tales, como una nueva reconstrucción de los hechos ocurridos, previo el lleno de las formalidades legales y evacuar todas aquellas diligencias ordenadas por el Código de Procedimiento Penal para buscar el esclarecimiento de los delitos de que aquí se trata, y evacuar las citas y demás diligencias que fueren pertinentes".

Concluye el auto con un *sobreseimiento temporal* en favor de los procesados, sin que esta decisión implique la libertad de los mismos, al tenor del artículo 6º del Decreto extraordinario

número 12 de 1959, como expresamente lo dice esa providencia.

En el grado de consulta, ya que contra lo dispuesto por el Juez de primer grado no se interpuso recurso de apelación, se elevaron los autos al Tribunal, según constancia de folios 118 del cuaderno primero.

El concepto rendido por el señor Fiscal Segundo de la Corporación (fs. 119 a 124 del mismo cuaderno), dice en su parte final: "Este Ministerio conceptúa que la providencia consultada se debe confirmar".

El funcionario aludido hace también la crítica a la prueba de cargos y un análisis de la misma, para concluír:

"La situación jurídica de los procesados señores Pedro Angel Ramírez y Luis Carlos Jaramillo, no es muy clara, una vez que Angel Ramírez dijo que se había quedado en la cantina en compañía de Díaz y Luis Carlos Jaramillo y éste confesó que salió de la cantina y al regresar se dio cuenta que le habían robado la escopeta de cascarón para expresar su misma expresión. Es decir hay contradicción en sus declaraciones. También es importante la certeza como la esposa del occiso señala a Pedro Angel Ramírez como la persona que dio muerte a su esposo con la escopeta de Jaramillo. Este Ministerio no comparte la tesis o crítica del testimonio hecha a los niños hijos del occiso, porque de acuerdo con la psicología experimental el niño de siete años tiene completo uso de razón, observa los hechos con claridad, de acuerdo con la civilización actual posee mayor desarrollo mental que en época anterior, luego no se puede concluír ex-cátedra que un niño de ocho años y medio no pueda darse cuenta real de la forma como dieron muerte a su padre. Si un niño puede recordar con lujo de detalles las aventuras de un periódico, o de una película de "guapos" presentada en la televisión, ¿por qué no puede dar una relación exacta y objetiva de la muerte violenta de su padre? No encuentra una razón satisfactoria este Ministerio. Sin embargo no existiendo los requisitos establecidos en el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, es procedente el *sobreseimiento temporal*".

Con fecha 30 de agosto de 1960, como ya se indicó, el Tribunal Superior de Manizales decidió la consulta del auto de sobreseimiento proferido, conforme a la tramitación propia del Decreto extraordinario número 12 de 1959, el que revocó para en su lugar condenar a los procesados.

En su providencia de folios 126 a 140 del cuaderno primero, esa Corporación no hace ninguna relación de los hechos sino que se limita a una escueta enunciación del episodio que costó la vida a Domingo López, para entrar después al examen de la materialidad de los ilícitos con la cita del dictamen pericial de los legistas, en donde registraron el número de lesiones, producidas "con munición de pequeño calibre", que fueron en total 75, "diseminadas en la región pectoral y flanco derecho", que produjeron "tres perforaciones en el lóbulo superior del pulmón derecho, destrucción completa del lóbulo derecho del hígado y tres perforaciones del colon transverso. Esto último ocasionó una fuerte hemorragia 'que determinó la muerte por anemia aguda'."

Al referirse el Tribunal al acervo probatorio recogido en autos, cita en primer término el testimonio de la "ofendida" María Libia Isaza vda. de López y los de sus menores hijos William López Isaza y Ramiro López Isaza, de las edades ya antes mencionadas, lo mismo que las declaraciones de Arsenia, Bernarda y José Marín, este último propietario de la casa y cantina donde ocurrió la muerte de López y aquéllas hijas del mismo, a la cual cantina llegó éste en las primeras horas de la mañana, cinco (5), cuatro y media (4½) y cuatro (4), pues las Marín discrepan en el señalamiento preciso de la hora, en la forma consignada, a solicitar que le vendieran aguardiente, cosa que hizo en compañía de su esposa.

A los anteriores testimonios agrega el Tribunal el de José Antonio Cruz (a. "Gavilán"), al parecer otro de los ofendidos por Jaramillo y Ramírez, pues de su declaración se deduce que fue cogido a machete (no resultó lesionado) y se vio obligado a huír de la cantina de Jaramillo, siendo perseguido por éste y Ramírez, quienes le arrojaron piedras, una de las cuales dio contra la linterna eléctrica que llevaba, la que le dañaron con un golpe de los objetos con que le tiraban sus perseguidores.

Es de anotar que el Tribunal hace una afirmación que no encuentra en autos total corroboración como es la de que el testigo Cruz (a. "Gavilán"), concuerda con la señora Isaza vda. de López y con su hijo William, "en el sentido de que a aquél lo atacaron a peinilla los sindicados de autos, dentro de la cantina de éstos". Si se aprecia como válido legalmente el testimonio del niño López Isaza, tal vez podría hacerse la afirmación antedicha. La señora Isaza no podría presenciar aquello por estar a una distancia que le impedía ver lo ocurrido en la cantina, como surge de la diligencia de inspección ocular practicada en el lugar de los hechos por peritos nom-

brados al efecto y que obra a folios 44 y vto. del primer cuaderno y el croquis del folio 4.

Entra luego el Tribunal al estudio de las indagatorias de los sindicados y del examen de ellas concluye, sin imponerse el trabajo de establecerlo especificando las incongruencias o "protuberantes discrepancias", que "ambos acusados incurren en protuberantes discrepancias en cuanto hace a la forma como relatan los hechos de que da cuenta este proceso". En la oportunidad conveniente será objeto de análisis la anterior afirmación del Tribunal.

Después cita éste los testimonios de Bernardo Quintero (fs. 20 vt. y 21 fte.) y Antonio Ramírez (fs. 21 vto.), para decir que según estos declarantes no aparece que se viera ningún forastero cerca de la cantina ni en ninguna otra parte.

Extracta luego la declaración de Alpidio Díaz (fs. 22), de la cual resalta la discusión muy anterior al delito, entre Pedro Angel Ramírez, quien atendía la cantina esa noche, y Domingo López, el occiso, discusión "consistente en que ambos se decían que el uno peleaba con el otro, pero que al fin nada ocurrió. Destaca y subraya el Tribunal la afirmación de Díaz en el sentido de que "cuando él y éstos (se refiere a Jaramillo y Ramírez) vieron el cadáver del occiso, la señora de éste dijo, en el mismo punto donde yacía el cadáver 'que con la escopeta suya (dirigiéndose a Carlos Jaramillo), era que Pedro Angel Ramírez había matado al eposo de ella', a lo cual contestaron éstos: ¿Entonces fuimos nosotros?, y la señora contestó que sí". Agrega, además el Tribunal que "dicho testigo (Díaz) no supo explicar en forma clara si a tiempo en que fue muerto López los sindicados se hallaban en la cantina o no"; y añade: "A propósito dijo: 'mejor dicho yo estaba tomando y a la amanecida me dominó la rasca y me dormí dentro de esa cantina, y mientras estaba dormido yo, debe haber sido cuando mataron a don Domingo, porque antes yo estaba bueno y nada había pasado".

Cita la misma Corporación las declaraciones de Jesús María Hernández (fs. 43), José Reinero Echeverri (fs. 32 y vto.) y Daniel Ramírez (fs. 34 y vto.). Todos éstos testigos hablan de los dos forasteros que pasaron por aquel lugar, "para Santa Rita". El primero lo supo por referencias; el segundo afirma que los vio "muy mal trajados —pobres— uno de los cuales llevaba un costal y el otro una escopeta".

Daniel Ramírez asevera que "vio cuando subieron dos forasteros", estando él en las horas del medio día en la tienda del sindicado Jaramillo. Pero este testimonio lo rechaza el Tribunal por dos razones que da, que no tienen mayor trascendencia. La tiene sí, que dicha Corporación afirme, como conclusión del examen de las declaraciones últimas, lo siguiente, para no darles la menór importancia como elementos probatorios ni en pro ni en contra de la tesis de culpabilidad contenida en el fallo:

"Lo que pasa es, visto lo declarado por el testigo Alpidio Díaz y la constancia dejada por el instructor al pie de la declaración de aquél, que los testigos que declararon a petición de los sindicados fueron previamente aleccionados, no obstante lo cual no aprendieron la lección, ya que se contradicen en forma protuberante, lo que hace que esos dichos no ofrezcan ningún motivo de credibilidad, debiendo, por consiguiente rechazarse".

Como remate al examen anterior de la prueba de cargo el Tribunal la sintetiza de la siguiente manera:

"Pues bien: como puede observarse, en contra de los sindicados Pedro Angel Ramírez y Luis Carlos Jaramillo existe una serie de indicios, graves, debidamente comprobados, que los señala como autores de la muerte violenta de que fue objeto el señor Domingo López. Y son:

"Haber tenido Ramírez con el occiso una discusión dentro de la mencionada cantina, discusión en la que cada uno sostenía que era capaz de pelear con el otro; empero sin que por el momento nada especial ocurriera; haber manifestado el mismo Pedro Angel en medio de tal discusión, que López de allá (de la cantina) no saldría vivo; ser ambos señalados insistentemente por la señora Libia Isaza vda. de López, y quien durante toda la noche de autos acompañó a éste hasta el último instante en que fue eliminado, razón por la cual su dicho reviste especial importancia, como que fueron los autores materiales del crimen, desde luego que asevera ahincadamente haberlos conocido, pues que Ramírez, estando en compañía de Jaramillo, desde una puerta de golpe disparó una escopeta, a una distancia de quince varas, según diligencia de inspección ocular de folios 44 y vto.; haber salido, ambos, del predicho establecimiento poco después de hacerlo el occiso y su esposa en la misma dirección que estos llevaban, en persecución del señor José Antonio Cruz (a. Gavilán), a quien acababan de atacar en aquel lugar y cuya persecución hicieron hasta un lugar inmediato al punto donde ocurrió la muerte de López, a tiempo que Jaramillo llevaba una cosa larga en la mano, según Cruz; incurrir en notorias contradicciones en cuanto hace a la conducta

observada por cada uno en la referida noche y madrugada del día siguiente; confesar Luis Carlos Jaramillo que cuando Ramírez y Cruz discutían '...también salí a apaciguar y me vine con José Gavilán cerca de la cantina o casa de José Marín, en cuyo alar de la misma fue hallado el cadáver; haber dicho el mismo Ramírez que antes de ausentarse de tal establecimiento el occiso había hecho un disparo de revólver, lo que no es cierto, puesto que no portaba esa clase de arma; haber dicho que cuando hubo amanecido se dio cuenta que le faltaba una escopeta que tenía dentro de la tantas veces citada cantina, lo que más parece un embuste, ya que al respecto nada aparece demostrado; haber luna llena en la madrugada de los hechos, conforme puede verificarse consultando el almanaque correspondiente al año de 1958 (sic) —diciembre 18— circunstancia que le permitía a la señora Isaza viuda de López determinar perfectamente a los acusados; y ser reincidente el mismo Ramírez de acuerdo con lo dicho atrás, toda vez que fue condenado por un delito de lesiones personales.

"Dichos indicios son independientes unos de otros; son convergentes y se coordinan entre sí, y aplicándoles el método inductivo que es el que rige para su análisis, llevan a la conclusión de que fueron los sindicados de autos quienes, con acción y voluntad y mediante actividades adecuadas al propósito doloso de eliminar a la víctima obtuvieron este resultado, todo lo cual los coloca dentro de un mismo marco de responsabilidad, o sea, en el de coautores, conforme a la norma del artículo 19 del Código Penal.

"Se trata, pues, de un delito de homicidio que cae bajo la denominación de asesinato, por las circunstancias de indefensión de la víctima y la forma alevosa como procedieron los acusados —ordinal 5º del artículo 363 de dicha obra—, conexo con el de lesiones personales".

Como se ve el Tribunal no discrimina la prueba circunstancial que en su concepto compromete a uno y otro procesado, sino que la señala en forma global sin preocuparse por determinar cuáles indicios obran en contra de Ramírez y cuáles otros configuran la participación en el delito de Jaramillo. Porque es obvio y así se desprende de los párrafos transcritos de la sentencia condenatoria, que unos de esos indicios se refieren únicamente a Ramírez y otros en forma exclusiva a la participación de Jaramillo en el crimen, sin que sea posible su indiscriminación para en un todo global o conjunto comprometer a ambos acusados, con elementos de juicio que no corresponden a las actividades por uno y otro desarrolladas, o que, en el sentir del Tribunal, desarrollaron para dejar huellas circunstanciales de su delincuencia.

DEMANDA

La actitud del Tribunal señalada ha propiciado ocasión para que el recurrente haya considerado necesario fundamentar el recurso por medio de sendas demandas. La primera de ellas, relativa a Pedro Angel Ramírez, que consta de 19 fojas, fechada y recibida en la Corte y anotada el mismo día, 13 de febrero de 1961 y la segunda, referida a Luis Carlos Jaramillo Cardona, recibida y anotada el 28 del mismo mes y año, según constancia secretarial que obra a folios 32 vto. y 50 del cuaderno segundo.

En ambas demandas, con invocación de la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, solicita el recurrente de la Corte que con aplicación del ordinal a) del artículo 570 ibídem, se invalide la sentencia proferida contra los procesados Ramírez y Jaramillo por el Tribunal Superior de Manizales y en su lugar se dicte el fallo que deba reemplazarlo, o sea la absolución de los incriminados, porque el sobreseimiento temporal, que también invoca, solo puede ser proferido en las instancias, como se desprende del artículo 570 antes citado.

La Sala hará referencia en la oportunidad debida a los argumentos contenidos en las demandas, limitándose por ahora a decir que éstas reúnen a cabalidad las exigencias legales, pues desde el punto de vista formal y sustancial contienen todos los requisitos para la procedencia del recurso, dentro de una complejidad técnica y desarrollo de los fundamentos que le sirven de base para la sustentación de aquel recurso.

La demanda comienza por un relato de los hechos, conforme al criterio del recurrente, que en líneas generales se acomoda al que los distintos funcionarios han destacado dentro de la variedad de sucesos antecedentes, concurrentes y subsiguientes a la muerte de Domingo López. Divide después los fundamentos que le sirven de base a la invocación de la causal 2ª en apartes, cada uno con una letra alfabética desde la a) hasta la j).

En los apartes marcados con letras alfabéticas, en la forma indicada, analiza y discrimina la demanda exhaustivamente cada uno de los llamados indicios que sirvieron al Tribunal para dictar sentencia condenatoria. Formula, también, en cada caso, la crítica que merece al recurrente la

manera como el fallador *ad quem* apreció aquella prueba, pues afirma que "se les atribuyó a algunos un valor probatorio que no tienen y se les negó a otros el que sí tienen, siendo todos ellos elementos determinantes y eximentes de la responsabilidad controvertida en el juicio. Fue así —continúa— como se les endilgó la categoría de indicios graves de responsabilidad a hechos que por una parte no fueron demostrados plenamente y por la otra apenas si podían considerarse como indicios leves o sospechas sin fundamento, a la vez que no se tuvieron en consideración circunstancias suficientemente probadas en el proceso, que descartan la autoría de Pedro Angel Ramírez, teniendo en tal virtud el carácter de *contraindicios*".

Lo mismo afirma con respecto a Luis Carlos Jaramillo, cuando asevera que "existen varias circunstancias en el proceso, debidamente acreditadas, que por inferencia lógica llevan a la conclusión de que Luis Carlos Jaramillo nada tuvo que ver en la muerte de Domingo López y en las lesiones personales causadas a María Libia Isaza. Estas circunstancias tienen el carácter de evidentes indicios de no responsabilidad (contraindicios, como los denominan algunos doctrinarios), los que señala: a) la amistad con López y su familia, pues vivían en la misma casa de que hacía parte la cantina de Jaramillo, sin pagar por ello canon alguno; b) la actitud pacífica y desprevenida de este en todo momento, pues intervino para que Ramírez y López no disgustaran, como lo afirma la misma viuda del segundo y c) la existencia de graves indicios de responsabilidad en contra de los sujetos desconocidos que merodeaban por la región, armados y en actitud sospechosa, durante la fecha en que ocurrió la tragedia".

En la mayoría de los indicios que examina la demanda afirma la desconexión y ninguna relación que guardan con el hecho que trata de probar, de tal manera que se hacen derivar de premisas indemostradas, conclusiones que en forma alguna inciden sobre el hecho desconocido que se pretende establecer.

Como el mismo método analítico emplea el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la Corte en cada oportunidad hará referencia a la crítica del demandante, así como a la respuesta del Ministerio Público, para extraer el verdadero valor que otorga a la prueba incriminatoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El aludido funcionario hace un detenido análisis del proceso, examinando por separado las dos demandas, con las críticas que considera procedentes a la manera como el Tribunal apreció la prueba circunstancial, con minucioso estudio y alto sentido de responsabilidad, frente a un caso penal de indudable complejidad, para concluír "que la causal segunda ha sido aptamente demostrada dentro del cuerpo de cada una de las demandas respondidas, y que, en consecuencia, esa honorable Corte debe dar aplicación a lo dispuesto por el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal. Tal es la solicitud que comedidamente formula este Despacho".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte seguirá el mismo método empleado por el señor Procurador, pues es el único que en un proceso como este permite una discriminación amplia y concreta de la prueba de cargo. Pero antes hará algunas consideraciones de orden teórico, necesarias en el caso de autos, por la índole misma de la complejidad probatoria que ofrece.

Los procesalistas concuerdan en que "todo juicio, de cualquier naturaleza que sea, plantea a los magistrados dos tareas diferentes, consecutiva la una de la otra. Consiste la primera en establecer los hechos pasados, en averiguar cómo sucedieron, en determinar el caso *sub-judice*. Estriba la segunda en encontrar cuál es la ley que rige el caso, cuáles las disposiciones legales que desatan el nudo gordiano de la cuestión, dando razón al uno, quitándosela al otro".

Ni que decir tiene que en este proceso es la primera cuestión la que corresponde de modo preferencial, ya que todo el problema radica en descubrir la verdad y la certeza, en donde la prueba directa no existe y la circunstancial surge de aquélla afectada grandemente por la inidoneidad o inhabilidad de los testimonios que la constituyen.

De aquí que el mismo autor antes citado agregue: "Pues bien, tanto una tarea como la otra se dirigen, en último análisis, a encontrar la verdad, en forma que, puede decirse con exactitud, que toda sentencia, para ser tenida como justa, deber ser la expresión fiel de la verdad; que verdad y justicia se confunden en los fallos, lo que justifica las palabras con las cuales inicia Bonnier su clásico tratado sobre las pruebas: La ciencia del derecho, y por lo tanto el Juez, se propone por objeto, en la esfera que le está señalada, el descubrimiento de la verdad".

Por eso el autor en cita, afirma: "Hay verdad en los hechos, cuando la idea que de ellos

se forma el Juez concuerda en un todo con la realidad, cuando se los imagina tales como fueron o como son''.

Como este proceso se dirige a un examen de la prueba indicial, resulta necesario precisar este concepto, pues por la manera como fueron discriminados en la sentencia recurrida parece que no se tiene un concepto adecuado sobre lo que es el indicio, para darle a esta expresión el verdadero valor que le corresponde en la técnica jurídica.

El Código procesal vigente, que es por cierto muy parco en definiciones, sin embargo define como indicio ''un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro'', (art. 216), definición ésta que tiene la particularidad de coincidir casi exactamente con la de Dellepiane, autor de quien son también las citas anteriores, porque no en balde los redactores de aquel estatuto dejaron consignados en las Actas de la Comisión del proyecto que llegó a ser la Ley 94 de 1938, que el capítulo de las pruebas se inspiró en la famosa obra del autor mencionado, ''Nueva Teoría General de la Prueba''. (Véase ''Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal'', Tomo II, pág. 59, Acta Nº 133).

En efecto, qué es un indicio, se pregunta Dellepiane. Y contesta: ''Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido''.

Pero para que el hecho tenga las notas de indicio es menester que reúna ciertas características, pues mientras ellas no confluyan en el caso, la desarticulación que produce lleva inexorablemente a desvertebrar toda la armazón así formada y por consecuencia a la inhabilidad de la prueba para producir la certeza.

Una de esas características es la concordancia, pues sin ésta en nada contribuirían los hechos a formar un todo convergente en orden a producir una resultante, como señalar que un determinado sujeto es el autor de un delito. De ahí que Dellepiane exprese al respecto:

''Si nos fijamos bien, este acuerdo, este ajuste perfecto de los hechos indicadores viene a constituír en cierto modo un hecho nuevo, cuya aparición tiene por consecuencia reforzar en nuestro espíritu el valor asignado a los hechos indicadores al estudiarlos uno a uno antes de combinarlos en una síntesis. Y así —concluye— como este ajuste o acuerdo de los hechos aumenta su valor individual respectivo, es también cierto, por otro lado, que el desacuerdo de los mismos daría por resultado restarles valor, y, probablemente, destruírlos como indicios, o, al menos, producir en nuestro espíritu la duda sobre la realidad del hecho atestiguado por aquéllos. Con razón decíamos anteriormente que este acuerdo o ajuste de los hechos constituye una nueva piedra de toque para aquilatar la exactitud y el valor de los indicios, así como también para excluír la probabilidad de intervención del azar o de la falsificación de la prueba. En efecto, no ya el desacuerdo total de los indicios, sino la mera discordancia de un solo indicio, bien comprobado, con los demás, sería suficiente para introducir la duda en nuestro espíritu y para hacernos sospechar de la acción del azar o la existencia de falsificación de prueba''. (Dellepiane, obra citada).

A medida que se vaya examinando en esta providencia la prueba indicial que sirvió de fundamento en el proceso para condenar, se irá viendo cómo corresponden los anteriores conceptos a toda la realidad que suministra y cómo es al mismo tiempo verdad que la falta de concordancia entre los indicios, el desacuerdo entre unos y otros de los examinados, su desvertebración, produce por consecuencia irremediable a restarles todo su valor y a crear una duda razonada, porque no está muy lejos ''la probabilidad de la intervención del azar'' o una fatal coincidencia que señale en dirección contraria de donde está la verdad.

En el párrafo en el que el Tribunal analiza en forma conjunta e indiscriminada los indicios que comprometen la responsabilidad de los incriminados, sin decir a cuál de ellos corresponden unos y otros, el demandante y también el Ministerio Público, colaborador en el proceso, pudieron hallar diez hechos circunstanciales que en la demanda corresponden a otros tantos apartes señalados con letras alfabéticas. Tales son en la demanda en lo que respecta a la responsabilidad de Pedro Angel Ramírez. Después se designarán en igual forma los que incriminan a Luis Carlos Jaramillo, de acuerdo con el proceder del recurrente, que los examina por separado en la segunda demanda, ya que no coinciden exactamente los que conciernen al uno y al otro sindicado. Son los siguientes:

a) Haber tenido Ramírez una discusión con el occiso dentro de la cantina de Jaramillo, discusión en la que cada uno sostenía que era capaz de pelear con el otro;

b) Haber manifestado el mismo Pedro Angel, en medio de tal discusión, que López, de ella (de la cantina), no saldría vivo;

c) Ser ambos señalados insistentemente por la señora Libia Isaza viuda de López y quien du-

rante toda la noche de autos acompañó a éste hasta el último instante en que fue eliminado, razón por la cual su dicho reviste especial importancia, como que fueron los autores materiales del crimen, pues ya que Ramírez, estando en compañía de Jaramillo, desde una puerta de golpe disparó su escopeta, a una distancia de quince varas, según la diligencia de inspección ocular de folios 44 y vto.;

d) Haber salido ambos del predicho establecimiento poco después de hacerlo el occiso y su esposa en la misma dirección que éstos llevaban, en persecución del señor José Antonio Cruz (a. Gavilán), a quien acababan de atacar en aquel lugar y cuya persecución hicieron hasta un sitio inmediato al punto en donde ocurrió la muerte de López, a tiempo que Jaramillo llevaba una cosa larga en la mano, según Cruz;

e) Incurrir en notorias contradicciones en cuanto hace a la conducta observada por cada uno en la referida noche y madrugada del día siguiente;

f) Confesar Luis Carlos Jaramillo que cuando Ramírez y Cruz discutían: "salí a apaciguar y me vine con José Gavilán cerca de la cantina o casa de José Marín, en cuyo alar de la misma fue hallado el cadáver";

g) Haber dicho el mismo Ramírez que antes de ausentarse de tal establecimiento el occiso había hecho un disparo de revólver; lo que no es cierto, puesto que no portaba esa clase de arma;

h) Haber dicho Jaramillo que cuando hubo amanecido se dio cuenta de que le faltaba una escopeta que tenía dentro de la tantas veces citada cantina, lo que más parece un embuste, ya que al respecto nada aparece demostrado;

i) Haber luna llena en la madrugada de los hechos, conforme puede verificarse consultando el almanaque correspondiente al año de 1958, circunstancia que le permitía a la señora Isaza viuda de López determinar perfectamente a los acusados;

j) Lo hace consistir el Tribunal en que Ramírez es reincidente de acuerdo con lo dicho atrás, toda vez que fue condenado por un delito de lesiones personales.

Este es todo el acervo probatorio que gravita contra Ramírez. La Corte los examinará uno por uno, a fin de establecer si reúnen los requisitos para ser considerados como indicios y si de su confrontación general puede resultar efectivamente una prueba apta para dictar sentencia condenatoria contra ese hombre. Y lo hará así porque comparte el concepto del señor Procurador en el sentido de que "los términos de la sentencia son, en realidad, poco claros y adolecen de un estudio insuficiente alrededor de cada uno de los indicios que encuentra como plenamente probados dentro del negocio en cuestión. En puridad, en un solo breve párrafo la Corporación *ad-quem* estudia la situación, tanto Ramírez como para Jaramillo, indiscriminadamente, cuidándose, apenas, de aseverar al final de éste que la prueba indicial, que tan someramente examina, es capaz para asegurar la autoría de tales sujetos en la muerte de López".

Examen de los indicios que comprometen la responsabilidad de Pedro Angel Ramírez, según la sentencia del Tribunal:

Primer indicio. Se hace consistir éste en la discusión que dentro de la cantina de Luis Carlos Jaramillo tuvieron el procesado Ramírez y el occiso López, en la cual el uno decía al otro que era capaz de pelear con él. El indicio surge del siguiente párrafo de la declaración de la esposa del ofendido, también ofendida en el proceso por cuanto recibió algunas heridas con los perdigones del disparo de escopeta. Dice la señora Isaza viuda de López:

"...Entonces diay dijo el esposo mío que ahí había una persona que ahora ocho días había hablado mucho de él estando el esposo mío dormido. Esto se lo dijo mi esposo ahí duro pero dirigiéndose a Arturo Ramírez. Entonces Arturo Ramírez salió y se fue para la casa. Después salió mi esposo para afuera; luego salió Pedro Angel Ramírez (Mister), y el esposo mío y Pedro Angel Ramírez, se pusieron a discutir ahí sobre la bobada de que había dicho pues de que, sobre los familiares de Pedro Angel aborrecían mucho a mi esposo...".

Y más adelante agrega la misma testigo en su primera declaración: "...Luego salió Carlos Jaramillo y le dijo a mi esposo y a Mister (Ramírez) que dejaran esas bobadas; entonces el esposo mío le dijo que no, que ahí no pasaba nada, que era que estaban era charlando; y entonces entraron otra vez para la cantina, y entonces comenzaron la discusión ya que fue Pedro Angel Ramírez con José Gavilán (José Antonio Cruz) los que discutían; y entonces como Pedro Angel y Gavilán se iban a agarrar ahí y entonces todos sacaron arma ahí, menos el esposo mío; y luego mi esposo les dijo que dejaran esas bobadas, que él no quería que ocurriera nada ahí. Entonces al fin ellos dejaron la bobada y entonces siguieron tomando, y entonces después Pedro Angel Ramírez y el esposo mío se pusieron a jugar

'dado'; y Pedro Angel le ganaba al esposo mío ciento treinta pesos o cosa así, no estoy bien; y entonces el esposo mío al fin se desquitó otra vez porque al fin quedaron en paz, y siguieron tomando ahí y no hubo nada más''.

Sobre esa misma discusión declara también Alpidio Díaz, en los siguientes términos:

''Ellos discutían ahí y tratándose de que Pedro Angel le decía a don Domingo que él peleaba con don Domingo y don Domingo le decía lo mismo a Pedro Angel, pero no había motivo. Eso lo cuadraron pues así que entre ellos no había nada, cuadraron la cosa que entre ellos no pasara nada''.

La expresión ''cuadraron'', término campesino que emplea Díaz, lo explica la demanda en el sentido de que ''los interlocutores arreglaron formalmente sus diferencias, en vista de que no existía ninguna razón para reñir y convinieron en hacer las paces''. Y debió ser esto así toda vez que después del incidente los protagonistas de la discusión, en forma amigable se entregaron al juego.

También José Antonio Cruz, a. ''Gavilán'', narra el episodio de la discusión en los siguientes términos escuetos:

''...Y se pusieron a discutir ahí don Domingo López y Pedro Angel Ramírez (a. Mister), discutían ahí dizque porque tenían ahí unos disgustos pero no sé qué serían los principios''. Este testigo no agrega más sobre el particular.

Como puede apreciarse de las citas anteriores, los términos sobre que versó la discusión no acusan una violencia verbal que sea susceptible de producir resentimientos tales que lleven a consumar un delito tan execrable por la forma de su comisión como el que se imputa a Ramírez. Todo conduce a concluír que el amago de disputa no fue lo suficientemente grave como para producir sentimiento de animadversión entre sus protagonistas y de ahí que por inferencia lógica no puede llegarse a la conclusión de que tal ocurrencia pueda determinar que Ramírez sea el autor de la muerte de López. A lo más que podría llegarse sería a tener aquel episodio como un indicio de carácter leve, pero ''nunca podría edificarse sobre él el tremendo edificio de una responsabilidad penal'', como lo afirma la demanda y lo corrobora el señor Fiscal en los siguientes términos:

''La ausencia de voces, dicterios o expresiones soeces entre los que discutían, bien relievada por los declarantes que tomaron nota de los incidentes, es indicativa, también, del carácter leve y poco importante que poseía. Así, el primer indicio que considera como suficientemente probado el Tribunal en concepto de este Despacho fue erradamente interpretado''.

Y ello es así, si se tiene también en consideración que la discusión se generó en principio entre Arturo Ramírez, quien nada tiene que ver en los autos como sindicado y Domingo López, como lo afirma la misma esposa del occiso, quien agrega, además, que el mentado Ramírez abandonó el establecimiento de cantina, para eludir toda disputa y fue entonces cuando la salida de Arturo dio ocasión al breve episodio verbal entre López y Pedro Angel Ramírez.

Por otra parte, conviene añadir que fue la intervención de Jaramillo, como se desprende del mismo testimonio de la esposa del occiso, el que determinó que la discusión se interrumpiera, por la forma pacífica como procedió, para evitar disgustos y peleas en el establecimiento de su propiedad.

Si tal discusión hubiera sido seguida de verdaderos actos de violencia y agresividad entre los contendores; de auténticas amenazas o desafíos que hubieran predispuesto el ánimo de los protagonistas para crear en ellos grave enemistad o resentimiento capaz de provocar reacciones futuras, tal vez podría darse a ese hecho una consistencia probatoria de mayor entidad. Tal como surge de los autos, en la forma escueta narrada por los testigos, no deja margen alguna para encontrar en él la relación necesaria que concluya en un indicio evidente.

Segundo indicio. Lo concreta la sentencia en la afirmación que hace la esposa del occiso María Libia Isaza, de que Pedro Angel dijo a López que de la cantina no saldría vivo.

Ocurre, sin embargo, que ninguna de las personas presentes en el lugar de los hechos corrobora la afirmación de la viuda del occiso. Es, pues, un hecho aislado, que como tal tiene una comprobación deficiente, en tal grado que es imposible darle el carácter de probado plenamente, como lo quiere la ley para que se considere indicio un hecho que se infiere de otro, pero que debe tener aquella nota característica, como lo manda el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

Fuera de la crítica que se le podría hacer por su procedencia, ya que surge de un testimonio interesado, como es el de la señora viuda del occiso, es muy diciente el hecho de que nadie haya oído tales expresiones como dichas en la discusión. Además, si ellas fueron ciertas, resulta en extremo curioso que allí mismo dentro de la cantina no se hubiere dirimido la cuestión, sur-

giendo como consecuencia el cumplimiento de la amenaza, pero no más tarde cuando ya los ánimos estaban aplacados y la reconciliación entre los protagonistas se había producido. No se alcanza a imaginar por qué un hecho así pudo traer tan funestas consecuencias, porque no se aprecia una conexión tan clara como que de lo dicho aparezca demostrada una relación de causalidad que comprometa evidentemente a Ramírez.

Si el testimonio de la viuda hubiese tenido corroboración por parte de otros concurrentes en aquellos momentos en la cantina de Jaramillo, bien pudiera tenerse aquella amenaza como un grave indicio de responsabilidad, pero dimanando de persona interesada, movida por el indudable dolor de la muerte de su esposo, en la forma como fue consumada, adolece sin duda de una falla moral que carece de la virtualidad suficiente para llevar al ánimo del Juez una convicción de certeza que lo aleje de toda duda y permita estructurar sobre él un hecho circunstancial tan grave como el que resulta de su misma enunciación. La propia parcialidad del testigo quita mucho de su valor probatorio al hecho indicado como segundo indicio.

Tercer indicio. Este indicio también resulta del testimonio de la ofendida María Libia Isaza viuda de López, pues como lo dice el Tribunal sentenciador, fue ella la que señaló insistentemente a los procesados como los autores del delito.

A través del proceso ha sido este testimonio el punto neurálgico sobre el cual ha recaído toda la fuerza de los argumentos para darle el verdadero valor probatorio que tiene. El Juez *a-quo* y los Fiscales en las instancias, agotaron toda serie de reflexiones sobre las condiciones morales de este declarante para ser criterio de certeza en el proceso. De ese análisis ha resultado que existe una aguda discrepancia entre los tres funcionarios aludidos y el Tribunal, pues mientras los primeros lo admiten como sospechoso de parcialidad, el segundo lo acepta sin discriminación alguna.

Por ello la demanda lo ataca desde diferentes puntos de vista: en primer término porque procede de parte interesada y por tanto se presume parcial; y en segundo, porque las circunstancias en que se produjo hicieron desfavorables para la declarante sus condiciones de visibilidad para poder percibir nítidamente en la semidifusa claridad de un amanecer quiénes fueron los autores del delito.

Es indudable que si la declaración de la señora viuda del occiso tuviera un valor probatorio adecuado, mal podría considerársele apenas como un indicio grave, según lo hace el Tribunal, sino que, por el contrario, habría que darle el carácter de prueba directa, cosa que esa Corporación no se atreve a hacer, porque de obrar así sin duda alguna pretermitiría todos los fundamentos en que se apoya una prueba testimonial directa, cuando como en el caso de autos, su inhabilidad moral está tan presente que es imposible eludirla. De allí que se apele a tener su testimonio como un indicio grave.

Esto por lo que toca al primer argumento de la defensa. En lo que concierne al segundo es manifiesto que las condiciones de visibilidad dentro de las cuales la señora María Libia percibió los hechos no permitían una perfecta percepción de los agresores. Si como lo dice ella misma, en el momento de producirse el disparo conversaba con su marido, no es imposible que esta circunstancia le hubiera impedido un exacto conocimiento del autor del disparo que costó la vida a su esposo.

Con razón dice el señor Procurador refiriéndose a este punto lo siguiente, que comprende también los otros motivos que el recurrente aduce para contrarrestar ese indicio, es decir el interés de encubrir a un miembro de su familia y el hecho de que la declarante para buscar respaldo a sus afirmaciones determinó a su hijos menores a deponer falsamente:

"Es conveniente anotar que esta declaración procede de parte realmente interesada, y que esta testigo, tal como puede apreciarse en la diligencia de inspección ocular que figura al folio 44 del negocio, no estuvo dentro de la posibilidad que se afirma poseyó de identificar, sin duda alguna, a los agresores de su marido, y de ella misma.

"Además, bien cabe suponer la existencia de un presunto interés por parte de Libia Isaza de encubrir a alguno o algunos de los miembros de su propia familia, pues no es nada despreciable el hecho contraído al expediente de que ella comprara un paquete de cigarrillos con el objeto de llevarlo a los sujetos extraños que se encontraban en un lugar cercano a la tienda de Jaramillo, y entre quienes, según así mismo acepta haberlo afirmado la misma Isaza, reconoció a unos hermanos de ella. Es claro que, posteriormente, dio explicaciones sobre este particular, diciendo que con esta versión y con la compra y la ficción que hiciera de llevar los cigarrillos, pretendía amedrentar a los familiares de Ramírez para evitar que fueran a proceder contra la vida de su marido. Pero estas explicaciones pueden ser objeto de debate y no ser tan claras y enfáticas como se pretende, y lo mismo dan pábulo para suponer

que fueron ciertas, que para desecharlas como simples consejas fraguadas con posterioridad a los hechos, y con el intento de dar vigor a la incriminación inicial que hiciera la señora de López.

"Confrontando tangencialmente esta misma situación, encontramos la declaración que suministra a la justicia cada uno de los hijos menores de la viuda. Ellos, a pesar de estar más o menos contestes en lo aparentemente esencial, difieren francamente en aspectos de importancia, tales como el de las armas con las cuales estaban provistos los presuntos agresores, la hora en que se sucedieron los hechos, etc. Pero, lo que es aún más grave, se trata de niños de cortísima edad, campesinos e incultos, a cuyas impresiones y afirmaciones debe llegarse con extrema cautela". La misma diligencia de reconstrucción de los sucesos rectifica sus dichos en el sentido de que les era imposible percibir los hechos de la manera y forma en que los dan en sus deposiciones.

"Comparte este Ministerio Público las críticas que formula el demandante sobre este tópico, y cree que, francamente, se ha cometido un error flagrantísimo al interpretar una probanza directa, bastante discutible, como un indicio grave".

Es verdad que el Tribunal no tuvo en cuenta el testimonio de los menores hijos del occiso, que pretenden respaldar a su madre en la afirmación de que fueron Ramírez y Jaramillo los autores del crimen. Con todo, la Sala está acorde con lo manifestado por el señor Procurador al respecto.

Cuarto indicio. Lo hace consistir la sentencia en la salida de Jaramillo acompañado de Ramírez del predicho establecimiento de cantina de que eran copropietarios, en la misma dirección que llevaba el occiso y su esposa, en persecución de José Antonio Cruz, a. "Gavilán", la que realizaron hasta un lugar inmediato al sitio en donde fue muerto López.

En primer término se advierte la ninguna relación que guarda este hecho con la muerte de López. Si la salida de los procesados de la tantas veces mencionada cantina hubiere sido en seguimiento de los esposos López-Isaza, que se dirigían en dirección a la casa de José Marín, en donde fue muerto el primero y resultó lesionada la segunda, tal vez sí surgiría el vínculo de conexidad entre un hecho y el otro y podría derivarse algún indicio; pero tal como lo presenta el Tribunal y nace de las constancias del proceso, la desarticulación y desconexión entre ellos es manifiesta y por lo mismo carece de la relevancia probatoria que ha querido dársele.

Con sobra de razón dice el recurrente y lo comparte el agente del Ministerio Público, lo que sigue, refiriéndose al indicio en examen:

"Según la enunciación del hecho, éste podría constituírse en un indicio grave de responsabilidad en relación con la muerte de José Antonio Cruz, persona a quien se dice perseguían Jaramillo y Ramírez, pero en ningún caso —atendiendo las voces de la lógica— puede considerarse como indicio grave en relación con el ilícito que se juzga.

"Si A. persigue a B. y posteriormente, el cadáver de éste aparece con signos de violencia, la persecución constituye un hecho que por el camino de la inferencia lógica, nos puede llevar a la conclusión de que A. es el autor de las heridas que ocasionaron el deceso de B., pero nada nos diría si el muerto, en lugar de éste es un tercero, no perseguido por A.".

Por lo demás, como lo anota el señor Fiscal, no es un hecho cierto en los autos que José Antonio Cruz siguiera el mismo camino de los esposos López-Isaza, en el momento en que huían de la persecución de Ramírez y Jaramillo. Existe en el proceso un plano que a pesar de lo muy rudimentario como está confeccionado, si no sirve para aclarar el punto, por lo menos permite apreciar que desde la cantina de Jaramillo al lugar del delito convergen varios caminos en distintas direcciones que van a terminar todos a la casa de habitación de Marín. A ello se agrega que el llamado por apodo "Gavilán", al hacer referencia a esta cuestión apenas dice que se dirigió a su casa y manifiesta ignorar la dirección que tomaron y en dónde estaba ubicada, hecho éste importante que las deficiencias investigativas no revelan.

Todo parece indicar, como lo dice con acierto la demanda, que una interpretación lógica de un indicio como este constituye lo que llama la doctrina "excepción de negativa loci", que por las circunstancias favorece a los procesados, desde luego que si el propósito de éstos fue perseguir únicamente a Cruz, mal podían al mismo tiempo estar apostados cerca a la puerta de "golpe" que sirvió de mampuesto para disparar contra los esposos López-Isaza. La *"excepción alibi"*, a que se refiere el recurrente, es manifiesta en el caso, toda vez que todo tiende a indicar una especie de coartada por la imposible ubicuidad de estar a un mismo tiempo en persecución de una persona y en otro lugar apostados para cometer el delito.

Las fallas en este aspecto de la investigación, que procuraron corregir en su oportunidad los agentes del Ministerio Público que intervinieron

en el proceso y el mismo Juez de la causa con un auto de sobreseimiento temporal, para que fuera enmendada y rectificada en todos aquellos vacíos que fueran observados, es obvia en el punto que se estudia, porque de haber determinado claramente la dirección que tomara Cruz, en dónde estaba la casa de éste e interrogando al mismo testigo sobre el tiempo transcurrido entre la persecución de que fuera objeto y el momento en que oyó el disparo, que posiblemente fue con el que se dio muerte a López, sin duda se habían aclarado las fallas que por este aspecto presenta el proceso. Existiendo, como existen éstas ahora, resulta imposible darle al indicio cuarto un valor probatorio que no tiene, pues al estimarlo incurrió el Tribunal en un error interpretativo manifiesto.

Quinto indicio. Se contrae este indicio, según la sentencia recurrida, a las notorias contradicciones en que incurren los procesados en relación con la conducta que observaron la noche y madrugada en que ocurrió el delito.

La nota característica que destaca el indicio así puntualizado, es la de que el Tribunal se cuida de señalar en forma precisa en qué consisten las discrepancias que anota entre las indagatorias de los procesados. Si hubiere procedido de otra suerte, sin duda se podría valorar la fuerza probatoria de ese hecho, porque no puede negarse que cuando surgen discrepancias ostensibles de fondo en las manifestaciones de la conducta y proceder sobre un mismo acontecimiento entre los sindicados, es porque se relieva un marcado interés en tergiversar los sucesos, en servicio de los intereses defensivos de aquéllos.

Mas en el presente caso la discordancia entre los procesados es más de forma que de fondo, pues como lo dice la demanda y lo corrobora el señor Agente del Ministerio Público, un análisis cuidadoso de esas diligencias de indagatoria permite descubrir la coincidencia, en lo esencial, en el relato que hacen de los hechos. En verdad en esas piezas del proceso no niegan ni Ramírez ni Jaramillo hechos fundamentales como son la presencia de sujetos sospechosos y armados en la vereda en la misma noche de los acontecimientos; afirman al mismo tiempo que esa circunstancia dio ocasión a que varios vecinos se reunieran en la cantina de Jaramillo, también armados, con el propósito de prevenir cualquier ataque de que pudieran ser víctimas; también se relatan en forma más o menos equivalentes las incidencias todas ocurridas en la tertulia que originó aquel hecho, por manera que en el aspecto fundamental y podría también decirse esencial del relato, las discrepancias son ningunas. Estas pueden evidenciarse en cuanto a otros aspectos de la relación, que mal podrían ser idénticas, pues es apenas natural que cambien en puntos accidentales un relato respecto del otro, ya que sí podría ser tenido como muy sospechoso un relato producido en idénticos términos, porque el concierto podría producir una sospecha fundada de la confabulación entre los procesados para eludir la justicia. Las mismas discrepancias accidentales son índice de que los indagatoriados obraron con sinceridad por la forma espontánea de sus aseveraciones. Hubo por consiguiente también en este indicio una errónea interpretación por parte del Tribunal.

Sexto indicio. Lo hace consistir la sentencia en que Jaramillo confesó que mientras Ramírez y Cruz discutían salió a apaciguar los ánimos y se vino con José Gavilán hasta cerca de la casa de José Marín, en cuyo alar fue hallado el cadáver de López.

Tal como está enunciado es imposible advertir relación alguna entre los hechos, pues la circunstancia de que Jaramillo hubiere acompañado a Cruz hasta la casa de Marín, para que de ello surja un indicio de responsabilidad es menester forzar de tal manera la lógica que antes que un hecho material deba creerse a uno surgido de la imaginación, pues es ésta y no aquél la que produce el indicio, desde luego que la actitud apaciguadora de los ánimos por parte de Jaramillo no alcanza a comprometer a Ramírez en la muerte de López, porque la desconexión entre estos términos es categórica. En consecuencia, la valoración circunstancial por este aspecto carece de contenido probatorio.

Séptimo indicio. Este se hace consistir en que Ramírez afirmó que el occiso López antes de salir de la cantina hizo un disparo de revólver, hecho que al decir del Tribunal es mentiroso, por cuanto la víctima no portaba esa clase de arma.

Hay un hecho que se conoce en el proceso por la propia diligencia del levantamiento del cadáver en la cual se dice textualmente que "tiene una cubierta terciada al lado izquierdo, con una cabuya". Es de suponer que esa cubierta dice relación a la clase de arma que sirve para llevarla. La circunstancia de que ésta no hubiera sido encontrada al practicar aquella diligencia, no indica nada en contra de lo supuesto, porque es de común ocurrencia que en un suceso como este las armas desaparezcan, bien porque las personas que primero llegan al lugar de los acontecimientos, las escondan, por uno u otro motivo, o también, que dado su valor se las apropien dolo-

samente. En todo caso la presencia de la "cubierta" amarrada con un lazo de cabuya a la cintura del occiso es un hecho que no puede pasar desapercibido en el proceso.

Por otra parte, vale también la consideración por este aspecto de que la única persona que podía dar alguna luz sobre el particular habría sido la misma esposa del occiso, e infortunadamente no fue interrogada sobre este punto, lo que hubiera resultado de suma conveniencia para desmentir a Ramírez.

Con razón dice el señor Procurador refiriéndose a este aspecto que la situación de si Ramírez mintió o no "queda anclada en un terreno de verdadera duda, duda que no podía ser despejada, como lo hizo el Tribunal, en el sentido de que Ramírez mentía, y de que esta mentira se constituía en un indicio más arguyendo en su contra para demostrar la autoría de la muerte de Domingo López. Esto no pasa de ser una inferencia y nada más. No hay cómo estructurar la existencia de un indicio grave por tal razón, y aun en la hipótesis, discutible, de que Ramírez mintiera al afirmar que López disparó su revólver, esta circunstancia no puede dar pie para acriminar indiciariamente su responsabilidad".

Además, el hecho de no portar armas constituye una negativa indefinida, que como la afirmativa indefinida es de muy difícil demostración.

Octavo indicio. Lo constituye el haber afirmado Jaramillo que cuando hubo amanecido se dio cuenta de que la escopeta que tenía en la cantina había desaparecido.

La ninguna relación o conexidad que guarda este hecho con la autoría de la muerte de López, le quita todo valor probatorio en lo concerniente a la responsabilidad de Ramírez, pues es obvio que la afirmación de aquél referente a la escopeta no incide para nada en lo que se refiere a atribuír a Ramírez el delito. Hay una desarticulación tal entre estos hechos, que desvirtúa totalmente su carácter indiciario y mal puede constituír prueba en contra de uno esa presunta confesión, porque no puede considerársele como tal, y aunque en gracia de discusión se aceptara, sería un cargo contra Jaramillo, pero no iría contra su copartícipe de manera alguna. Lo inadecuado del procedimiento por parte del Tribunal para valorar este indicio, es protuberante.

Noveno indicio. Se concreta a la afirmación de que en la madrugada del día del delito, conforme puede verificarse confrontando el almanaque correspondiente de 1958, diciembre 18, había luna llena, circunstancia esta que permitió a la señora Isaza viuda de López, conocer perfectamente a los acusados. A este indicio se contesta con una simple afirmación: que puede ocurrir que el 18 de diciembre de 1958 señalara el almanaque luna llena en la madrugada de dicho día; pero como el delito se cumplió un año después, esto es en las horas del amanecer del diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), para que esa circunstancia pudiera servir de indicio, sería menester que también la luna llena alumbrara el amanecer de la última fecha acotada. Como tal evidencia no ha sido establecida, es apenas natural que se le niegue todo valor probatorio a un hecho que no está comprobado con la suficiencia requerida.

Pero aunque fuera cierto que la luna iluminara aquella madrugada el cobarde delito, también no debe perderse de vista que por la circunstancia de que el almanaque anuncie la presencia de la luna en una determinada noche, ello signifique que haya visibilidad suficiente para que se perciba por los sentidos un acontecimiento dado. Para que así fuera habría que demostrar tangencial o colateralmente con lo primero, las condiciones atmosféricas de momento, o sea la presencia de nubes bajas que impidieran la visibilidad, no empece a la presencia de la luna señalada por el almanaque.

Además, las condiciones climatéricas en lugares bajos, como la región de Samaná, pueden modificar la visibilidad, sobre todo en las horas del amanecer. Si la investigación hubiere aclarado este punto interrogando a algunos testigos sobre el particular, se habrían disipado las dudas que crea. No lo hizo así y por lo mismo esas dudas subsisten.

La falla en la investigación se patentiza. Un funcionario hábil habría preguntado a la señora María Libia, cómo pudo distinguir en el amanecer del crimen al autor del disparo que dio muerte a su esposo y a quien lo acompañaba en la comisión del delito. Si la respuesta coincide con el factor lunar que el Tribunal menciona, hubiera dado necesariamente consistencia a ese hecho circunstancial. Entonces sí valdría su apreciación como elemento de prueba. Al no hacerse así, quedó sin demostración adecuada. La que surge del almanaque, es tan débil y equívoca, que no alcanza a compensar aquella falla.

Por lo demás, suponiendo el hecho analizado como indicio, que tal vez no lo sea en su riguroso sentido técnico, lo dicho basta para rechazarlo como tal.

Décimo indicio. Este es el último a que se contrae el fallo recurrido, y se hace consistir en la reincidencia de Ramírez por haber sido condena-

do por un delito de lesiones personales con anterioridad.

Es un hecho cierto que Ramírez fue condenado por un lance personal con otro sujeto, por lesiones que produjeron incapacidad física mínima, como también que en dicho lance sufrió aquél heridas de mayor consideración, lo que supone un combate recíproco entre los protagonistas del suceso. Pero de allí a servir ese hecho como prueba indicial, hay una diferencia protuberante. Serviría cuando más para atribuír una reincidencia al procesado en el momento de fijar la dosimetría penal para la imposición de la pena por el nuevo delito. Pero esto mismo significa que no puede valorársele para este objeto y también para atribuírle valor indicial en referencia a una responsabilidad criminal. No guardan ninguna relación de los hechos y su misma desconexidad lo hace inoperante para este último propósito.

Dice con acierto el señor Agente del Ministerio Público, refiriéndose a este último punto, lo que sigue, que la Sala comparte:

"El que Ramírez hubiera sido condenado por un delito de lesiones personales, implica, en principio, que pudiera tener una personalidad apta, potencialmente, para el delito, pero no, irremisiblemente, que hubiera sido el autor de uno determinado, como en el caso presente, o aún indicio grave de que hubiera sido autor del hecho que se le imputa.

"El criterio del Tribunal es sencillamente peligroso ya que no podía llegar a considerar, ante la ausencia de demostración, así fuera indiciaria, el que Ramírez fuera el autor de la muerte de López y que, por ser reincidente, tal circunstancia jugara como prueba de cargo a título de indicio grave".

Anota el impugnador en el aparte k) de la demanda ciertos hechos que descartan la responsabilidad de Ramírez en el delito, los hace consistir en lo siguiente:

"A) Está demostrado en el proceso que el occiso tenía varios enemigos, en la región que sirviera de teatro a la consumación de los hechos.

"Esta circunstancia expresada por la misma cónyuge del interfecto, indica que la vida de López se hallaba en inminente peligro, ya que eran muchas las personas interesadas en eliminarlo.

"Es probable que dentro de una nueva etapa investigativa, orientada hacia pistas diferentes, se establezca quiénes fueron los verdaderos autores del delito, rastreando la conducta de los enemigos con que contaba López en la vereda.

"B) Domingo López desafió a un ciudadano que se encontraba en la cantina de Luis Carlos Jaramillo y que aparece citado con el nombre de Arturo Ramírez. Este se ausentó del lugar y nada se volvió a saber de él.

"Un funcionario más perspicaz debería haber investigado la conducta del citado Arturo Ramírez y averiguado sobre lo que hizo, después de abandonar la cantina de Jaramillo.

"C) El día de los hechos aparecieron en el lugar varios sujetos desconocidos, en actitud altamente sospechosa. De ello nada nos dice la investigación y apenas sería lógico que algún propósito criminal los hubiera llevado a la vereda de "Sietecuéros".

"Nada tendría de extraño que la presencia de tales sujetos esté relacionada estrechamente con la muerte de Domingo López".

En realidad de verdad el Tribunal no consideró ni tuvo en cuenta los anteriores contraindicios, que son de tal manera graves que ellos de por sí son capaces de producir serias y fundadas dudas, muy difíciles de eliminar, lo que trae como consecuencia la necesaria aplicación del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador acepta que la deficiente investigación es la causa primordial de que ahora se carezca de prueba apta para condenar a Pedro Angel Ramírez. La Sala está acorde con esta conclusión, porque es indudable que "todo indica que por la Corporación *ad-quem* se produjo sentencia condenatoria sin que obrara en el proceso la plena prueba de que dicho procesado es responsable del delito de homicidio en Domingo López y de lesiones en María Libia Isaza".

Prospera, por consiguiente, la causal segunda invocada en relación con el procesado Pedro Angel Ramírez.

Examen de los indicios que comprometen la responsabilidad de Luis Carlos Jaramillo Cardona, según la sentencia del Tribunal:

El mismo recurrente, en demanda separada, impugna la sentencia del Tribunal condenatoria del copartícipe del homicidio en la persona de Domingo López, Luis Carlos Jaramillo Cardona, a quien como ya se dijo le fue impuesta la pena de quince años de presidio y accesorias correspondientes.

Dicha demanda, como la anterior, reúne todas las exigencias legales, pues aparte de reproducir

los hechos, contiene en sí misma todos los elementos técnicos que caracterizan esta clase de recursos. Invoca la causal segunda, como corresponde exactamente al caso de autos, y para fundamentarla emplea el mismo método de la referente al procesado Ramírez, con la cita de las disposiciones legales que considera infringidas en el fallo, que son los artículos 203, 223 y 226 del Código de Procedimiento Penal y solicita, al mismo tiempo, que se invalide la sentencia recurrida y se dicte la que deba reemplazarla, de conformidad con el ordinal a) del artículo 570 del estatuto antes citado.

Los fundamentos legales de la causal invocada los divide el recurrente en dos grupos, a saber:

"A) Hechos a los que se les atribuyó la categoría de indicios graves a pesar de no estar debidamente demostrados o de no tener tal carácter, y

"B) Hechos que fueron desestimados, no obstante tener el carácter de contra-indicios y estar debidamente acreditados en el proceso".

Primer indicio. Lo analiza el Tribunal en forma global y conjunta con el procesado Ramírez, como ya quedó expresado con anterioridad; lo hace consistir en la discusión habida en la cantina tantas veces mencionada entre el occiso López y Ramírez.

Ya al tratar de la prueba que compromete la responsabilidad de Ramírez hizo la Sala un completo estudio de lo que significó este incidente, que puede calificarse de baladí frente a las consecuencias de un asesinato como el consumado en la persona de la víctima. No se ofrece al espíritu del Juez una conexión de tal naturaleza como de que aquel incidente haya podido dar origen a un hecho de tanta gravedad; y más todavía se pone de manifiesto la desarmonía entre esos dos extremos, si se considera que en los autos hay prueba más que suficiente para establecer que en dicha oportunidad la actitud de Jaramillo fue evidentemente conciliadora, ya que procuró por todos los medios a su alcance, evitar que tal incidente tomara mayores proporciones, logrando con su actitud amistosa y mediadora que los protagonistas de la discusión volvieran a convivir pacíficamente y continuaran la parranda, sin que con posterioridad se presentara nuevo motivo de disputa. Es la misma esposa de López la que afirma que "...luego salió Carlos Jaramillo y le dijo a mi esposo y a Mister (Ramírez) que dejaran ésas bobadas; y entonces el esposo mío le dijo a Carlos que no, que ahí no pasaba nada que era que estaban charlando; y entonces se entraron otra vez para la cantina..." (fs. 5 vto. del cuaderno primero).

No puede menos de reconocerse sobrada razón al recurrente cuando para afirmar que el Tribunal incurrió en un error de apreciación de este indicio, pone el siguiente ejemplo que patentiza con claridad meridiana la falta de concordancia entre el hecho indicador y el indicado, contrariando las reglas que rigen el estudio científico de los indicios.

Dice, en efecto el recurrente:

"Si A. discute con B. y este último resulta posteriormente asesinado, tal hecho (la discusión) permite incriminar a C., quien intervino como mediador entre quienes discutían, y declararlo responsable de la muerte de B.".

Claramente se comprende por el ejemplo anterior que no es viable relación alguna entre esos hechos y esa discordancia implica desde luego una forma de argumentación reñida con toda técnica jurídica en la apreciación indicial. Extremando mucho podría constituír un principio de prueba entre los que sostuvieron inicialmente la discusión, pero hay tanta distancia entre ese hecho y sus consecuencias y al mismo tiempo fue tan insignificante el lance verbal, que no alcanza a servir de fundamento a un indicio grave, que como se dijo en el estudio referente a la demanda de Ramírez, cuando más podría constituír una leve indicación del motivo determinante del homicidio agravado en la persona de López. Porque no se puede perder de vista que si algo falta y se echa de menos en este proceso, por su muy deficiente investigación, son los motivos que determinaron la conducta de los procesados. Ya que a través de los autos no aparece ningún hecho que permita acertar cuál fue la razón que movió el ánimo de los agresores, si fueron los procesados, a eliminar a López, tanto más cuanto que hay constancias de que entre Jaramillo y el occiso existía amistad, que es de suponer muy estrecha si se tiene en cuenta que la víctima del homicidio residía con su familia en la misma casa en donde estaba situada la cantina de Jaramillo, sin pagar arrendamiento, lo que indica que sus relaciones eran amistosas, o por lo menos es necesario presumirlo así a falta de prueba en contrario.

El Tribunal valora también como *indicio segundo,* común a ambos sindicados, la manifestación de Pedro Angel Ramírez, de que López no saldría vivo de la cantina.

No se comprende tal actitud ante la manifestación de uno de los procesados, que como quedó demostrado al estudiar la demanda concerniente

a Ramírez, no tiene más apoyo en los autos que la única declaración de la esposa, también ofendida, del occiso. Porque nadie de los concurrentes en la cantina oyó aquella expresión que la señora Isaza viuda de López pone en boca de Ramírez; ninguno la corrobora, como fue ampliamente dilucidado al tratar de la responsabilidad de este último.

La inferencia de este indicio aducido por el Tribunal en contra de Jaramillo, no aparece por parte alguna. Se rompen las leyes de la lógica si a una amenaza que se dice pronunció uno de los sindicados se vuelve contra el otro, a quien nadie le atribuye semejante expresión. Luego hay que concluír que es manifiesta la fálta de conexidad que permita incluír tal hecho como elemento probatorio de la responsabilidad contra aquel de los sindicados que no dijo, porque nadie la oyera, tal amenaza.

El *indicio tercero,* consiste en la aseveración sostenida por la señora María Libia Isaza viuda de López de que fueron los procesados Jaramillo y Ramírez los autores de la muerte de su esposo, ya fue objeto de amplio análisis al estudiar la demanda en relación con el último de los nombrados. Pero cabe agregar a lo ya dicho, que infortunadamente, tal testimonio, aparte del interés de la testigo en el proceso, que la inhabilita moralmente como prueba de cargo, es un hecho aislado y único, que no tiene apoyo en las demás constancias del proceso, lo que lo hace inconsistente para mantener una comprobación legal de un delito tan grave. Tuviera el señalamiento por parte de la señora María Libia algunos otros soportes que le permitieran la relación de causalidad entre esa manifestación y otros hechos colaterales que la corroboraran, tal vez podría edificarse un proceso lógico que llevara a una conclusión condenatoria.

Por desgracia, este indicio que tiene esas frágiles características, adolece también del grave inconveniente como prueba de responsabilidad, de que por otros aspectos resulta inoperante, desde luego que es rotunda la afirmación de la testigo en el sentido de señalar solamente a Ramírez como el ejecutor del disparo que costó la vida al esposo de la declarante. Es verdad que después se trajeron a los autos las declaraciones de los menores hijos de la víctima William y Ramiro López Isaza, pero ya quedó expuesto que a estos declarantes ni siquiera los tuvo en cuenta el Tribunal, sin duda porque les negó todo valor probatorio a los dichos de unos niños que por su misma condición de edad y vínculo de parentesco con la víctima, no estaban en capacidad de ser lo suficientemente imparciales en sus testimonios, y más todavía, se encontraban a alguna distancia del lugar donde ocurrió el delito, que conforme a inspección ocular allí practicada por peritos, no permitía una visibilidad tal que les facilitara afirmar que también Jaramillo disparó su revólver contra López, afirmación que no hace la señora viuda de éste y que la pésima investigación dejó sin comprobación, de una parte, porque en el cuerpo del occiso no se encontró ninguna herida producida con tal arma; fueron todas de munición de escopeta, y por otra, ningún impacto de aquella clase de armas fue reconocido en la pared de la casa de Marín, en cuyo frente se cometió el homicidio; impacto que la investigación hecha con la técnica que es de rigor en estos casos, habría podido descubrir si, como lo hizo en las indagatorias, daba crédito a las afirmaciones de los hijos menores de la víctima, porque es curioso que la mayoría de las preguntas formuladas en tal diligencia se basan en esos testimonios.

Al respecto hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal este comentario, que la Sala comparte:

"La lectura y estudio de la pieza referida (la declaración de la señora vda. de López) deja la convicción plena de que la señora Isaza, concretó el cargo de la autoría material del homicidio en Pedro Angel Ramírez, sobre quien afirma fue la única persona que disparó el tiro causante de la muerte de Domingo López y de las heridas en ella.

"Tampoco puede desvirtuarse el hecho de que la diligencia de inspección ocular fue clara en el sentido de establecer la imposibilidad en que se encontraba la señora de López, para identificar una persona desde el lugar en que se hallaba. Si se tiene en cuenta lo anterior para analizar el contenido de la versión de la señora viuda de López, dentro de la cual llega a decir que la escopeta con que dispararon a su esposo era de propiedad de Jaramillo, se puede concluír, sin lugar a duda, que si no le era posible identificar personas, menos aún podría identificar simples objetos, por voluminosos que ellos fueran, y más cuando son fácilmente confundibles en tratándose de armas de fuego (escopeta).

"No puede así mismo, dejarse de lado lo ya examinado anteriormente, y recabado por varios declarantes, en el sentido de que el día y la noche de autos acampaban por los alrededores de la tienda de Jaramillo, sujetos desconocidos".

El indicio que en la enumeración acotada corresponde al *cuarto* puede decirse que queda analizado en todo lo dicho al estudiar el anterior,

pues se refiere a que en su declaración María Libia Isaza viuda de López señaló a Jaramillo como autor material del homicidio perpetrado en la persona de su esposo, cosa que no es completamente cierta ya que ella solo afirma que disparó Ramírez con la escopeta de Jaramillo y que solo vio cuando éste y aquél "se aventaron de una barranca o mejor dicho uno nada más se aventó porque el otro estaba parado adentrico de la puerta".

Sin embargo, como puede comentarse a la afirmación de María Libia de que fue con la escopeta de Jaramillo con la que dispararon contra su esposo, no sobra alguna referencia a este cargo que por la manera como fue hecho no conlleva mayor aporte a la verdad de lo sucedido, desde luego que con el arma de un tercero se puede cometer un delito sin que eso constituya elemento de juicio suficiente para comprometer a su dueño como copartícipe del mismo.

En la inspección ocular practicada en el proceso a folios 44 y vuelto, dicen los peritos actuarios: se hizo también que otra persona se situara en la puerta de "golpe", (desde donde se hizo el disparo), y los peritos de común acuerdo expusieron: de este lugar a la puerta de golpe alcanzamos a ver como un bultico, pero no alcanzamos a distinguir la persona; y tampoco creemos que otra persona pueda distinguir de aquí a la puerta a estas horas". De manera que dentro de los autos no existe prueba adecuada que permita dar credibilidad al testimonio de la señora viuda del occiso, en lo concerniente a su afirmación de que fue la escopeta de Jaramillo el arma que sirvió para eliminar a Domingo López. Este aspecto quedó dilucidado ya con la transcripción hecha del concepto fiscal en referencia a tal indicio.

Con todo, los siguientes apartes de la vista fiscal, que la Sala también comparte, merecen ser transcritos para abundar en razones:

"En su diligencia de indagatoria el procesado Luis Carlos Jaramillo manifiesta que tenía una escopeta de su propiedad, la que guardaba en algún sitio de la tienda, arma que desapareció, inexplicablemente, la noche de los sucesos. Este hecho no se ha demostrado en contrario en forma alguna, y si agregamos que la señora Isaza de López se muestra reticente en el sentido de suponer que Jaramillo pudo haber prestado la escopeta a Ramírez, crea con ello, necesariamente, un estado de duda sobre el particular que debe resolverse a favor del procesado Jaramillo.

"Con toda claridad debe manifestarse que la viuda de López no radica la autoría de la muerte de su marido en la persona de Jaramillo, si bien, le sitúa en el escenario de los hechos, y en un lugar determinado, debe hacerse hincapié, nuevamente, en que las conclusiones o dictámenes de la diligencia de inspección ocular, desvirtúan totalmente su dicho, siendo contestes en sostener que a ella le era imposible físicamente determinar el punto donde se hallaba al producirse el tiro que eliminara la vida de Domingo López.

"Así, el hecho de que se sirvió el honorable Tribunal para elaborar un otro grave indicio sobre la responsabilidad de Jaramillo, en la muerte de López, fue indebida y erróneamente interpretada y el lógico encaje entre las piezas procesales permite llegar a esta conclusión de manera enfática".

La salida de Jaramillo de su tienda, en compañía de Ramírez, en persecución de José Antonio Cruz a. "Gavilán", en que se hace consistir el *indicio quinto*, fue ampliamente estudiada al tratar del mismo en la demanda de casación formulada a nombre de Ramírez. Lo que se dijo allí es pertinente para demostrar que esta prueba circunstancial no contiene elementos de valoración bastantes a darle tal categoría, porque existe una evidente falta de relación con el asesinato de López. El hecho de que Jaramillo y Ramírez hayan perseguido a Cruz no puede implicar, por simple inferencia indiciaria, que estos hayan sido los autores del homicidio calificado que se les imputa. Si el muerto hubiere sido el mencionado Cruz, tal vez podría tenerse como indicio referente a ese cargo. Apareciendo una persona distinta como víctima, mal puede llevarse hasta el extremo de implicar en esta muerte a los perseguidores de Cruz, porque no se descubre conexión alguna entre esos términos.

De otro lado, como lo anota el señor Fiscal colaborador, para rechazar este indicio, existe la circunstancia de que el croquis levantado en el sitio de los acontecimientos permite descubrir varios caminos y senderos que conducen a la casa de Marín y la investigación no lorgó aportar ningún dato que permita conocer cuál de ellos siguió Cruz en su huída para librarse de la persecución de que era objeto. Y además, que es muy significativo, no hay elemento alguno de juicio que sugiera la posibilidad de que aquella persecución contra Cruz sucediera simultáneamente a la muerte de López, para que los dos hechos guarden alguna relación. De manera que según las voces del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, el indicio analizado no tiene relevancia probatoria alguna.

Ahora bien, porque José Antonio Cruz, a. "Gavilán" afirme que "Carlos Jaramillo llevaba una cosa larga en la mano que no sé qué sería", no puede deducirse de allí, como lo hace

el Tribunal, que dicho objeto fuera una escopeta, porque ello sería más bien producto de una suposición que de un hecho comprobado, máxime si se tiene en cuenta que el mismo declarante Crúz no se atreve a identificar qué cosa era la que llevaba Jaramillo en la mano en los momentos de la persecución.

Las contradicciones notorias entre los procesados al narrar sus actividades el día de los hechos en sus indagatorias, en las que hace consistir el Tribunal el *sexto indicio,* también como los anteriores fue objeto de estudio detenido en la demanda de la misma. Aparte de lo dicho conviene agregar que hay en este indicio una consideración que es menester poner de relieve, como lo hace la demanda con el apoyo del señor Agente del Ministerio Público, consistente en que no es lícito confundir lo que es propiamente una contradicción, que gramaticalmente significa oposición y también afirmaciones y negaciones que se oponen una a otra y recíprocamente se destruyen y la circunstancia de guardar silencio o dejar de contestar preguntas que no se han formulado. Si, por ejemplo, en este caso a Jaramillo en la indagatoria se le hubiere preguntado si oyó el disparo de que habla Ramírez como hecho por López y hubiere negado tal aserto podía cimentarse en ello una posible contradicción. Pero al guardar silencio de una cosa por la cual no se le inquirió, no implica contradicción.

Así, también, si Ramírez guarda silencio en lo relativo al paquete de cigarrillos que la esposa de López compró para llevar a las personas sospechosas que estaban en un "filito" frente a la cantina de Jaramillo y que éste dice haber vendido a dicha señora para ese objeto, no incurre en contradicción con lo afirmado por este último, porque bien pudo aquel, o sea Ramírez, no presenciar ese hecho dentro del burullo y concurrencia que había en la cantina, mientras que Jaramillo sí lo conocía por propias y directas percepciones, ya que como asistente y vendedor en esos momentos, fue el que proveyó de los cigarrillos a la señora María Libia.

Podría seguirse argumentando en este mismo tenor, pero lo dicho es suficiente para negar que constituyen indicios esas aparentes discrepancias, que son lógicas sobre todo cuando no se contrarrestan con preguntas que obliguen al declarante a explicarlas, porque procediéndose así, sí se pondrían de bulto. Como nada se hizo sobre el particular en la investigación, es obvio que carece de fundamento el indicio analizado en tal forma y se incurre en error valorarlo como lo hizo el Tribunal.

Sobre los *indicios séptimo y octavo,* no es posible agregar nada nuevo, porque este último se refiere al disparo que, según Ramírez, hizo López, el cual ya fue analizado suficientemente; y el primero, es decir el séptimo, es una presunta confesión de Jaramillo en el sentido de que acepta que fue a intervenir para que la discusión entre Ramírez y Cruz a. "Gavilán", no tomara mayores proporciones. Dice muy bien el recurrente que mal puede dársele valor de indicio a este hecho si se considera que porque dos personas disputan y una tercera interviene para apaciguar los ánimos, y después resulta muerta otra distinta, no puede llegarse por inferencia lógica a indicar que este tercero fuera el autor de esa muerte.

La pérdida de la escopeta que Jaramillo comprobó una vez cumplido el delito no puede cargarse a la cuenta de aquél para señalarlo también como indicio, el *noveno* en la enunciación que ha venido haciéndose. Para ello sería necesario que se hubiere demostrado plenamente que con esa arma fue consumado el delito. No existe siquiera un asomo de prueba en tal sentido y no es posible de tal suerte darle carácter indicial alguno a un hecho sin comprobación.

Menos aún suponer, como lo hace el Tribunal, que la afirmación de Jaramillo más parece un *embuste* que otra cosa, pues no es dable a un Tribunal una aseveración de tal categoría cuando no hay en el proceso nada que la corrobore. Y por otra parte, aun suponiendo que ello sea mentira, tampoco implica que de ese hecho se infiera la participación de Jaramillo en la muerte de López, puesto que hay tal falta de vínculo circunstancial entre esos dos hechos, que como dice el recurrente, no pueden establecer una relación de causa a efecto.

En cuanto al *indicio décimo,* el último de los que sirven al Tribunal para sellar la cadena indiciaria que dice constituír la prueba de cargo contra Jaramillo, relativo a que en la noche de los hechos había luna llena que permitía distinguir en esas horas del amanecer las personas que consumaron el delito, ya que antes fue objeto de crítica para no considerarlo como un hecho suficientemente establecido, sobre el cual pueda construírse un indicio de la importancia que se le quiere dar.

Pero, en el supuesto de que esto fuera un indicio, tal como lo analiza el Tribunal, y aparte de lo dicho al estudiarlos en la casación de Ramírez, para ser desechado como tal valen las siguientes razones:

Puede ser cierto que la noche de los hechos hubiere luna llena y que el Tribunal al mecano-

grafiar la fecha hubiere sufrido una confusión en la misma, pero lo que sí no aparece claramente establecido es que la visibilidad a esas horas del amanecer fuera suficiente para distinguir personas a alguna distancia. En todo caso en este supuesto, como en la mayoría de los analizados, surgen evidentes dudas, que por no haber sido disipadas con una investigación acorde con la gravedad del ilícito, dejan flotando en el espíritu del Juez una incertidumbre tal, entre la maraña de interrogantes a los que no puede contestar, que son capaces de inhibirlo para llegar a una conclusión que satisfaga la justicia. Ante una situación así es obligada la abstención, y, en consecuencia, se impone absolver esas dudas en favor de los dos procesados, máxime si se agrega a lo anterior que los contraindicios favorables a Jaramillo, que ya fueron indicados por la Sala al tratar de los presupuestos de la demanda, para nada se tuvieron en cuenta por el Tribunal, lo que debió hacerse porque al Juez en lo penal le es obligatorio analizar tanto lo que comprometa la responsabilidad del delincuente, como lo que le favorezca.

Como puede apreciarse del examen anterior, exhaustivo por lo demás, casi todos los indicios analizados pueden reducirse a uno solo, pues provienen en su generalidad de un mismo testimonio, el de la señora María Libia Isaza viuda de López, también ofendida, circunstancia esta que quita mucho de su valor moral y legal a un testimonio humano producido en tales condiciones.

Para terminar, la Corte hace la siguiente observación sobre la prueba indiciaria, para que se comprenda el verdadero alcance que debe darse a dicha categoría de pruebas.

Siendo el indicio una operación mental, debe estar regulado por un proceso semejante, de manera que entre los hechos indicadores y los indicados exista una relación, una concatenación y lógica consecuencia, de tal naturaleza que no permita descubrir hecho alguno que explique de otra manera la resultante, que no viene a ser cosa distinta del producto de aquel proceso, o sea el hecho desconocido que se trata de establecer. Si alguna interferencia lógica se presenta en aquel proceso, el resultado es que el indicio desaparece como tal para dejar solo una simple sospecha o un indicio en estado bruto, que por serlo no reúne los requisitos legales para constituír plena prueba, porque abre el camino a la duda, que en materia penal produce como efecto la imposibilidad de la certeza en el espíritu del Juez.

Aplicando este criterio al caso de autos, es preciso afirmar que del análisis hecho de los indicios, que en sentir del Tribunal comprometen la responsabilidad de los procesados, aparece que existe indudable desarticulación o desconexión entre la premisa mayor, la menor y la conclusión del silogismo lógico a que aquel proceso mental está ligado, y por consecuencia, los hechos tomados como indicios no tienen este carácter y por lo mismo carecen de las condiciones inherentes a tal categoría probatoria, debiendo, por lo tanto, ser rechazados como expresión de la verdad judicial, que es en último término lo que se busca en materia criminal.

Cobra en este proceso inusitada importancia el siguiente párrafo del Profesor Dellepiane, ya citado anteriormente:

"En efecto no ya el desacuerdo total de los indicios, sino la mera discordancia de un solo indicio, bien comprobado, con los demás, sería suficiente para producir la duda en nuestro espíritu y para hacernos sospechar de la acción del azar o la existencia de falsificación de prueba".

En resumen: la falla fundamental de este proceso es que los indicios en que se pretende apoyar la responsabilidad de los procesados carecen de los requisitos que hacen de esa prueba criterio de certeza legal, esto es que sean múltiples, graves y concordantes. Todo el examen hecho, así lo demuestra.

De manera que prospera la causal segunda de casación alegada y debe darse en consecuencia aplicación al ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION DE LA CORTE:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido y en su lugar ABSUELVE a los procesados Pedro Angel Ramírez y Luis Carlos Jaramillo Cardona, de los delitos que se les imputó en este proceso.

Como aparece que dichos sujetos se encuentran detenidos, líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional, siempre que contra ellos no exista detención por otros delitos o que sean requeridos por alguna otra autoridad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITO DE ESTAFA

El error en la denominación jurídica del delito constituye causal de nulidad, impugnable en casación por el motivo 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y no por el 2º, así se trate de proceso rituado conforme al Decreto 0014 de 1955. Artificios eficaces para inducir en error a la víctima. Idoneidad del medio de comisión en el delito de estafa, en el caso de autos. Causal 2ª de casación.

1. Es evidente, si se acoge la doctrina elaborada por la Sala en sentencia de fecha 3 de octubre último, casación de Eduardo Lema Camacho, que el error en la denominación jurídica del delito constituye causal de nulidad, expresamente consagrada en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que exigiría enderezar el recurso de casación por el motivo previsto en el ordinal 4º del artículo 567 ibídem, y no por el segundo, consagratorio del error de hecho en la sentencia. Si la nulidad enunciada es susceptible de presentarse en procesos en los que por normas excepcionales de procedimiento (Decreto 0014 de 1955) no hay auto de proceder, como la mayoría de la Sala lo sostuvo en el referido fallo, la causal 2ª de casación es improcedente y así podría declararse en acatamiento a esa doctrina.

Pero hay más: sin necesidad de hacer especial hincapié en la tesis, ocurre en el caso de autos que el delito materia de cargo contra el acusado sí es el de estafa, no hurto ni menos ábuso de confianza.

2. El conocido timo de "entierros" o guacas, llevado siempre a término contra personas ignaras y supersticiosas, exageradamente crédulas a las supercherías, no exige al estafador tratar de que la víctima haga entrega del dinero u otros bienes de inmediato. La manera de obrar varía según las circunstancias, pero en todo caso, en el momento preciso y escogido por el delincuente, el fruto de la defraudación lo obtiene, como por ejemplo —y ese es el caso debatido— sustituyendo un objeto por otro, o simulando que lo que se entrega al ofendido o queda en su poder, representa la fortuna del "entierro" o guaca.

3. La idoneidad del medio de comisión en el delito de estafa, la pretendida relación de causa eficiente, es cosa que no cabe discutir ante la infracción consumada, según enseña el Derecho Penal. Que fueron idóneos los artificios a que se acudió en el caso sub judice y que eficazmente indujeron en error a la víctima lo está diciendo el resultado concreto que se produjo en su perjuicio.

4. De este modo, de ser viable la causal 2ª de casación tampoco prosperaría el recurso, pues de manera alguna el Tribunal hizo una indebida apreciación de los hechos. La prueba de cargo fue estimada con acierto no solo para afirmar la responsabilidad penal del acusado, sino para estructurar, frente a la norma, la verdadera entidad delictiva...

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procede la Corte, agotados los trámites de rigor, a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Benjamín Peláez Botero y su representante legal contra la sentencia de 19 de abril del año en curso proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga —Sala de Decisión Penal— que impuso a aquél, como responsable del delito de

estafa, la pena principal de tres años y seis meses de prisión, a más de las correspondientes accesorias, confirmando en un todo la del Juzgado 1º Superior del mismo Distrito, fechada el 21 de enero anterior.

HECHOS:

La investigación, ajustada en su trámite a los preceptos del Decreto legislativo 0014 de 1955, establece los hechos cuyo resumen trae el fallo de primer grado en estos términos:

"..... .....

"ante la señora María Luisa Cruz Vega viuda de Tenorio y su hermano Libardo Cruz Vega, quienes tienen su residencia habitual en el municipio de Tuluá, en distintas habitaciones, se presentaron durante los días finales del mes de enero del año retropróximo de mil novecientos sesenta, dòs individuos, uno de los cuales se hizo pasar por socio de un 'doctor' encargado de localizar entierros o tesoros y se presentó inicialmente con el nombre de Arturo, y el otro precisamente correspondía al mencionado 'doctor' que no había visitado a los hermanos Cruz en un principio.

"Comoquiera que los ameritados sujetos les propusieran a doña María Luisa y a don Libardo Cruz la localización de un valiosísimo tesoro que se hallaba enterrado en los terrenos de una finca de propiedad de la primera, mediante la utilización de aparatos especiales que tenía el mencionado 'doctor', y como en verdad la tradición popular y pública del sitio indicaba la posibilidad de que allí existiera algún tesoro enterrado, la propietaria del terreno y su hermano accedieron a lo solicitado por los dos individuos, y procedieron a localizar el presunto tesoro en la finca denominada 'Ginebra' en jurisdicción municipal de Tuluá, operación que realizaron en los días finales del mes de enero del año retropróximo, con el extravagante resultado de que mientras se realizaba una excavación a escasos dos metros de profundidad, se encontró, dentro de un tubo de material, un escrito en el que se hablaba sobre la existencia de un tesoro enterrado por un sacerdote español en dicho lugar, pero para cuya extracción era necesario cumplir previamente una serie de requisitos señalados en el mencionado escrito.

Dice el denunciante y la ofendida que el llamado 'doctor' y su acompañante, luego de ofrecer agradecimientos divinos por el hallazgo, procedieron a destruír con fuego la leyenda, cuyas cenizas arrojaron nuevamente en la excavación, conviniéndose en seguida los detalles para el cumplimiento de las exigencias previas a la extracción del tesoro.

"En atención a que era necesario, según los requisitos de la leyenda, depositar el equivalente en dinero de una porción del tesoro, a efecto de realizar actos de liturgia particular antes de proceder a localizarlo, se depositó la suma de veinticuatro mil pesos por parte de la señora Cruz viuda de Tenorio, y se colocó dentro de un cofre de electroplata llevado por el 'doctor', y durante varios días realizaron rezos y liturgias extrañas en una casa de habitación de otra finca vecina a Ginebra, también de propiedad de la misma ofendida, pero en una ocasión, aprovechándose los sujetos de la ausencia de la dueña del predio, quien se encontraba en Cali, mientras Libardo Cruz se ausentaba momentáneamente a llevar el fuego para quemar el incienso, los sujetos debieron realizar un cambio en el paquete que contenía el dinero, porque al día siguiente, en atención a que los individuos no regresaban para realizar la liturgia, doña María Luisa y don Libardo Cruz abrieron el cofre y sólo encontraron una suma inferiorísima a la depositada, pues el paquete sólo contenía dos billetes de cien pesos, y en medio otros billetes de a peso.

"Con posterioridad a estas incidencias, exactamente el 28 de junio del mismo año de 1960, Libardo Cruz Vega hizo capturar por la policía en esta ciudad, en la calle 5ª con carrera 14, a un individuo que él identificó como el acompañante del llamado 'doctor' y que conocía con el nombre de Arturo. Este individuo resultó ser Benjamín Peláez Botero, hijo de Benjamín y Leonilde, natural de Fresno, Tolima, soltero, comerciante de profesión, de 45 años de edad, portador de la cédula de ciudadanía número 6488715, expedida en Tuluá y alfabeto, contra quien se dictó auto de detención preventiva que todavía se encuentra vigente. Además, se recibió indagatoria a Nelson Martínez Andrade, cuya muerte, debidamente acreditada en el informativo, ha extinguido la acción penal que se adelantaba en su contra, como sindicado en este sumario".

DEMANDA DE CASACION

En ejercicio del poder que le fue conferido por el acusado al doctor José María Villegas J., abogado titulado e inscrito, formula éste el escrito de demanda que obra de folios 7 a 21 del cuaderno 2º. En forma un tanto confusa y desordenada, contra la técnica propia del recurso de casación, luego de destinar un capítulo a los

hechos que dieron origen al proceso, destina otros dos a lo que el demandante denomina 'Hechos Concomitantes' y 'Hechos consiguientes o subsiguientes', en los que aparecen involucrados los razonamientos en que trata de apoyar la causal alegada, no otra que la segunda, de las previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Dice la demanda, para recurrir a la citada causal, que fueron "los hechos del proceso tan mal interpretados por el Tribunal Superior de Buga, que de ellos se ha concluído o deducido una responsabilidad y una condenación para Benjamín Peláez Botero, como autor de un delito de estafa que no ha cometido".

Según sus planteamientos el delito atribuído al acusado no podía ser el de estafa porque los artificios o engaños empleados para la apropiación no constituían medios eficaces o idóneos para inducir en error, o, para usar los propios términos del libelo, "porque entre esos artificios o entre esos engaños y ese aprovechamiento (sic) perjudicial no existió ni podía existir relación de causa a efecto".

El delito que los autos tipifican, a juicio del recurrente, es el de hurto, y de no ser éste, abuso de confianza. Textualmente dice en sus principales apartes la demanda de casación:

".....

"Aquellos señores no les entregaron a éstos últimos esos $ 24.000; lo que hicieron, como consta en el proceso, fue colocarlos o depositarlos en forma de poderlos vigilar personal y constantemente. Así, pues, si hubo pérdida de esa suma de dinero, fue debido a un *hurto*, y si los que debieron hurtarse esa suma fueron, como lo aseguran los ofendidos, el 'doctor' y su compañero, entonces éstos no cometieron, como dice el Tribunal sentenciador, el delito de *estafa*, sino un delito de *hurto*. Y tan cierto es esto que, habiéndose colocado la expresada cantidad de dinero en un cofre y colocándose este cofre a su vez a la vista, como en un altar a la contemplación y diaria adoración, tanto de los hermanos Cruz Vega como del 'doctor' y su fiel compañero; y si, así permaneciendo vigilado ese cofre —por varios días— se extravió su contenido, o sean los $ 24.000.00, eso se debió solamente a un descuido de don Libardo, como él lo dice, y a la ausencia de la hermana de él y más que todo a la propia torpeza de estos. De tal suerte que si a esas circunstancias de descuido y torpeza se debió la pérdida de la dicha suma, no hubo, en conclusión, *estafa*, sino simplemente *hurto*'.

"La transcripción anterior da a juzgar de lo que sea el resto de la sentencia: en ella sobresalen las inexactitudes y en cuanto a las apreciaciones que en ella se hacen, en desarrollo del pensamiento del fallador, dejan ver la tenaz vehemencia del deseo de ver *estafa* donde no la puede haber, llegando a tal punto la obsesión que no supo a qué momento habla de *paquete* en lugar de *cofre* y afirmando, sin base ninguna, que de tal cofre, con dinero, estaba el 'doctor' encargado de conducirlo cuando salían a campo raso. Si esto hubiera sido cierto, entonces el delito cometido y por el cual ha debido condenarse a Peláez Botero, debió ser el de *abuso de confianza*".

"En el caso de autos los sujetos (las víctimas) estaban tan sugestionados, es decir, estaban tan obsesionados con la idea de la existencia del tesoro en su finca que tenían que llegar a la torpe creencia de que colocando los $ 24.000.00 dentro de un cofre y sometiéndose ellos a adorar ese cofre durante varios días, podían llevar a cabo la excavación del tesoro. Como se ve, ellos (los ofendidos) no entregaron el tal cofre al 'doctor y su compañero' sino que éstos, aprovechándose del descuido que aquellos mismos confiesan, se hurtaron ese dinero".

"Si el Tribunal sentenciador se hubiera detenido un poco en el estudio de la cuestión, hubiera podido darse cuenta de que no todo ardid o artificio o engaño constituye una *estafa*. Es necesario que tales medios sean eficaces para viciar el consentimiento hasta el punto que solo por *error* se entregue, con el propio perjuicio, lo que venga a ser el aprovechamiento ilícito del engañador. Y esto es lo que ha sostenido esa honorable Corte Suprema en su doctrina sobre los casos de *estafa*".

"Resumiendo, pues, todo lo que se deja expuesto, la sentencia demandada se profirió única y exclusivamente debido a una pésima interpretación de los hechos. Y es que esta errónea interpretación en todo, hasta en la apreciación que se hizo de la personalidad del procesado Peláez Botero, a quien se le hace el inicuo, por injusto, el cargo de ser un antisocial de peligrosidad reconocida, sin prueba ninguna. Eso de haberlo amnistiado de delito de homicidio no se puede tener en cuenta, porque la amnistía se concedía sobre simples sindicaciones. De ahí que sea aberrante que se le hubiera reagravado la pena con *un año y seis meses* de prisión".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Brevemente el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal da respuesta a la demanda, pues en su opinión si lo que se alega es que hubo error en la denominación jurídica del delito, debió invocarse la causal 4ª, así se trate de proceso rituado por el Decreto 0014. Para afianzar este criterio cita el reciente fallo dictado por la Sala en el proceso contra Eduardo Lema Camacho por el delito de hurto, por mayoría.

No prospera el recurso, según la tesis de la Procuraduría, con base en la causal segunda y por lo mismo solicita a la Corte que lo deseche.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª Es evidente, si se acoge la doctrina elaborada por la Sala en el negocio a que alude la vista fiscal (no compartida por el magistrado ponente) que el error en la denominación jurídica del delito constituye causal de nulidad, expresamente consagrada en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que exigiría enderezar el recurso de casación por el motivo previsto en el ordinal 4º del artículo 567 ibídem, y no por el 2º, consagratorio del error de hecho en la sentencia. Si la nulidad enunciada es susceptible de presentarse en procesos en los que por normas excepcionales de procedimiento (Decreto 0014 de 1955) no hay auto de proceder, como la mayoría de la Sala lo sostuvo en el referido fallo, la causal 2ª de casación es improcedente y así podría declararse en acatamiento a esa doctrina.

2ª Pero hay más: sin necesidad de hacer especial hincapié en la tesis, ocurre en el caso de autos que el delito materia de cargo contra el acusado sí es el de estafa, no hurto ni menos abuso de confianza.

El conocido timo de 'entierros' o guacas, llevados siempre a término contra personas ignaras y supersticiosas, exageradamente crédulas a las supercherías, no exige al estafador tratar de que la víctima haga entrega del dinero u otros bienes de inmediato. La manera de obrar varía según las circunstancias, pero en todo caso, en el momento preciso y escogido por el delincuente, el fruto de la defraudación lo obtiene, como por ejemplo —y ese es el caso debatido— sustituyendo un objeto por otro, o simulando que lo que se entrega al ofendido o queda en su poder, representa la fortuna del "entierro" o guaca.

3ª La idoneidad del medio de comisión en el delito de estafa, la pretendida relación de causa eficiente, es cosa que no cabe discutir ante la infracción consumada, según enseña el derecho penal. Que fueron idóneos los artificios a que se acudió en el caso *sub judice* y que eficazmente indujeron en error a la víctima, lo está diciendo el resultado concreto que se produjo en su perjuicio.

De este modo, de ser viable la causal 2ª de casación, tampoco prosperaría el recurso, pues de manera alguna el Tribunal hizo una indebida apreciación de los hechos. La prueba de cargo fue estimada con acierto no sólo para afirmar la responsabilidad penal del acusado, sino para estructurar, frente a la norma, la verdadera entidad delictiva.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en el fondo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y publíquese.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VALORACION PROBATORIA EN LAS INSTANCIAS

Consecuencia de la intromisión dolosa del funcionario en la tramitación del proceso. Oportunidad para impugnar la nulidad del proceso por informalidades ocurridas durante la celebración de la audiencia pública. Necesidad de demostrar los cargos en casación.

1. Solo un ilícito penal comprobado podría determinar retrotraer una causa criminal, por ser también evidente la intromisión dolosa del funcionario, pues no es posible pretender que pueden conculcarse derechos sagrados del reo con procedimientos tortuosos. Mas sin demostración, las solas insinuaciones o las simples hipótesis no bastan a tan grave determinación.

2. Si como lo dispone el artículo 475 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 149 ibídem, de todo lo sucedido en la audiencia pública el secretario extenderá un acta debidamente detallada, que firmará el Juez, el secretario y las demás personas que hayan intervenido en aquélla, la cual acta antes de ser firmada será leída íntegramente a los que deban suscribirla, a fin de que si alguno tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, lo haga constar en tal oportunidad, diligencia que de conformidad con el artículo 151 de la misma obra "hace plena fe mientras no sea tachada de falsedad y probada su tacha", no se alcanza a comprender por qué en dicha oportunidad no dejó el defensor su protesta por la violación de los fueros de la defensa, consignando entonces los hechos en que aquella consistía. Habría sido tal ocasión propicia a los reparos que luego formuló a la conducta del Juez y que aprovecha ahora para impugnar la nulidad del proceso. Habría sido, también, el momento en que una explicación del funcionario y de los miembros del Jurado sobre la informalidad anotada por la defensa aclarara la situación surgida.

3. Como lo dice la Procuraduría Delegada, y muchas veces esta Sala, en casación no basta la sola enunciación del cargo, sino que es necesario e indispensable su demostración, pues oficiosamente no corresponde a la Corte, tanto más cuanto que "tampoco el ministerio público puede suplir los vicios de la demanda, toda vez que su función, cuando no es parte recurrente, se limita —por imperio de la Ley— a responder la demanda formulada, esté bien o mal elaborada desde el punto de vista sustancial".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Corresponde a la Corte decidir el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 17 de octubre de 1960, interpuesto por el procesado Sigifredo Guisao Silva y por su defensor de oficio, doctor Conrado Giraldo Palacio.

En dicho fallo el Tribunal confirmó el proferido por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito Judicial, condenatorio para el procesado, y le impuso la pena principal de 23 años y medio de presidio, nueve años y medio de relegación a una Colonia Agrícola, junto con las accesorias de rigor legal, las que al decir de la misma sentencia, "se aumentarán en la misma medida que la pena principal". Reformó de esta suerte el Tribunal la pena impuesta por el Juzgado de instancia, que fue de 22 años de presidio y relegación a Colonia Agrícola por 9 años.

A Sigifredo Guisao Silva se le condenó por los siguientes delitos: doble homicidio, con circunstancias de asesinato, robo, violencia carnal,

rapto y corrupción de menores, todo ello con la intervención del Jurado.

Como el trámite del recurso está cumplido con las formalidades legales, entra la Corte a decidir lo que sea pertinente.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los hechos los sintetiza de manera correcta el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en la siguiente forma:

"En la noche del 26 al 27 de diciembre de 1954, dos sujetos invadieron sorpresivamente la casa de los esposos María de Jesús Zapata de Gómez y Juan Gómez situada en un lugar de la comprensión municipal de Frontino. En el mismo hogar se encontraban los niños Rafael Angel y Carlina Osorio Angel. Tras de apropiarse de varios bienes del citado matrimonio y de la menor Carolina, los mencionados antisociales (se refiere al propio Guisao y a su compañero Saúl David, quien murió antes de la audiencia y fue también procesado por los mismos delitos), procedieron con tranquilidad inaudita a eliminar a Juan Gómez y a su señora, hicieron uso carnal de la menor y uno de ellos se internó en el monte con el menor Rafael Angel sin que hasta la fecha en la cual se profirió el auto de proceder, se hubiera conocido su paradero (diciembre 4 de 1959). A la menor se la raptó uno de tales sujetos, pero ella posteriormente pudo escapar y dar cuenta de los anteriores hechos".

Para los fines del recurso y tal como fue propuesto con invocación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, únicamente, no es indispensable el relato de los sucesos, el cual se ha hecho con el propósito de destacar la magnitud de los delitos y la grave responsabilidad que pesa sobre los sindicados.

El Juzgado Tercero Superior de Medellín llamó a responder en juicio a los procesados David y Guisao por los ilícitos antes aludidos. Contra esta providencia se interpuso el recurso de apelación, el que no surtió efecto alguno, pues fue confirmado por el Tribunal (fl. 435 y ss.).

El juicio criminal siguió su curso correspondiente y reunido el Jurado en audiencia pública le fueron sometidos siete (7) cuestionarios, referentes a igual número de delitos por los cuales fue llamado a juicio Guisao Silva, ya que como anteriormente se dijo, Saúl David no concurrió a las audiencias por haber fallecido antes de verificarse éstas. Por tal razón se aplicó el artículo 100 del Código Penal.

Los siete cuestionarios propuestos al Tribunal de Conciencia fueron contestados afirmativamente, por unanimidad.

Ante esta decisión del Juri, el Juzgado de instancia impuso las penas a que antes se hizo referencia y el Tribunal confirmó la decisión, con las modificaciones atrás mencionadas. Contra este fallo fue interpuesto el recurso de casación que ahora se decide.

DEMANDA:

La demanda, puede decirse que contiene tres cargos, dentro de su conjunto, contra la sentencia recurrida. El primero, lo constituye el señalamiento por parte del recurrente de algunas irregularidades ocurridas durante la tramitación del proceso, y son aquellas a que se refieren las letras a), b), c), d), e) y f) del libelo, con las cuales se intenta impugnar la manera como fueron producidos algunos elementos de juicio y el valor probatorio que se les quiso dar en las instancias. El segundo cargo hace referencia de manera principal a que Guisao Silva "no tuvo asistencia jurídica alguna durante la etapa de instrucción". Este cargo consignado en la letra g) de las alegaciones fundamentales que sirvieron a la defensa para el análisis y conclusión de las pruebas allegadas al proceso, a fin de solicitar la absolución del incriminado, se fundamenta de la siguiente manera:

"g) Sigifredo Guisao no tuvo asistencia jurídica ninguna durante la etapa de instrucción. Las pruebas que solicitó personalmente no fueron practicadas por el instructor y tuvo el Juez que ordenar la recepción de varios testimonios. Su desamparo subió al punto de que un Inspector de Policía de Ansermanuevo declaró que no existía por allí ningún Raimundo Agudelo, donde Guisao dijo haber estado en los días subsiguientes al proceso. Y, sin embargo, en la audiencia pude llevar certificación auténtica de que Raimundo Agudelo sí es propietario de inmuebles rurales en ese corregimiento".

Hace luego la demanda una serie de consideraciones tendientes a criticar la conducta del Juez durante las audiencias, que considera perjudiciales para los intereses del reo. Como lo dice el Agente del Ministerio Público colaborador en este proceso, "tal cargo no ofrece elementos probatorios que lo respalden y ello precisamente determina que el mismo abogado demandante se exprese alegando que, 'En todo, las cuestiones anteriores, en sí mismas, son de poca monta. Va-

len, sí, en cuanto se relacionan con la conducta final del Juez de derecho, quien, tal vez por haber servido el puesto en ese Municipio y por sus vinculaciones con esa región, estaba dominado por la fuerza subjetiva —no dolosa— que lo impulsaba a que la sociedad y, particularmente aquella donde vivió, viese el peso inexorable de la ley, sobre uno de los sindicados''. (Fl. 4 de la demanda).

El cargo tercero y último hace ya más expresa referencia a la conducta del Juez durante las audiencias, de manera especial al concluír el debate público de las mismas. Afirma la demanda que esa conducta es notoriamente violatoria del derecho de defensa del procesado, lo que conduce, según el recurrente, a infringir el artículo 26 de la Constitución Nacional. Tal conducta, que reprocha al Juez el señor abogado recurrente, la hace consistir en la circunstancia de que dicho funcionario permaneció por algún tiempo en compañía de los miembros que constituían el Jurado, en los precisos momentos en que éstos debían entrar a la deliberación secreta que es de rigor en esta clase de juicios.

Los apartes más significativos de la demanda sobre este último cargo a que se ha hecho referencia, dicen así:

''Dentro del estado de derecho, la sujeción a las normas establecidas es una necesidad social y casi moral.

''Uno de los derechos del procesado es la garantía de un juicio, conforme a las normas de imperativo cumplimiento.

''El juicio ante el Jurado tiene una forma propia, que le pertenece. La escogencia de jurados, su sorteo, sus impedimentos, su juramento, la forma de deliberar y de pronunciarse, y, sobre todo, el secreto de sus deliberaciones, constituyen ordenamientos de forzoso imperio que regulan esta institución.

''El juzgamiento con Jurado tiene una forma propia, distinta al juzgamiento por el Juez de derecho. Pero, sin duda alguna, la deliberación privada, el deber de no atender voz distinta de la conciencia, de exigir convicción íntima y la prohibición de comunicarse con personas distintas a ellos mismos, constituyen bases insustituíbles en esta institución.

''La Constitución Nacional, norma de superior jerarquía, manda en su artículo 26 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'.

''No habla el constituyente siquiera de observancia de las formas propias del juicio, sino de la *plenitud* de las formas propias de *cada* juicio.

''¿Podrá decirse, en derecho, que en un juicio ante Jurado, que tiene su forma propia, se ha observado la *plenitud* de sus formas, cuando, terminado el debate oral, se queda el Juez encerrado con dichos jurados?

''¿Y existirá, todavía, cuando el mismo Juez, no obstante ser reclamado por la defensa, en acto de callada censura, prefiere seguir encerrado con quienes van a fallar en conciencia?

''¿Será esto garantía para la defensa?

''¿Será esto garantía para la justa justicia?

''No''.

Cita en seguida la demanda algunos artículos del Código de Procedimiento Penal, entre ellos el 528, subrogado por la Ley 4ª de 1943, que se refiere a la fórmula de juramento que deben prestar los jurados antes de la audiencia pública, fórmula que transcribe; el artículo 529 y el 535; hace algunas otras consideraciones en este mismo orden de ideas, es decir en lo concerniente al derecho de defensa, para concluír así:

''La presencia del Juez de derecho, *a puerta cerrada,* con los jueces de conciencia, en el mismo momento de iniciar la deliberación, cuando precisamente en la misma audiencia el Juez de derecho había recibido censura de la defensa por su actitud procesal, tiene que desnaturalizar, menoscabar, la forma propia de ese juicio, que implica *incomunicabilidad* en la deliberación.

''Aparecen violados el artículo 26 de la Constitución Nacional, los artículos 528, 529 y 535 del Código de Procedimiento Penal''.

Termina la demanda con la solicitud de que se reponga el procedimiento, viciado de nulidad supralegal, desde el momento de la audiencia pública.

REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace una completa discriminación de los cargos formulados en la demanda, a los cuales la Corte se referirá cuando sea indicado, para concluír con la petición de que de conformidad

con los argumentos consignados en la respuesta a la demanda formulada, *"no case"* la sentencia objeto del recurso.

CONSIDERA LA CORTE:

La Sala variará un poco el orden en que tanto el recurrente como el señor Agente del Ministerio Público señalan los distintos argumentos que al uno y al otro les sirven para impugnar y rebatir los cargos contra la sentencia recurrida, y en este orden de ideas comenzará por referirse, en primer término, al tercero de los cargos discriminados anteriormente, es decir, a aquel que se relaciona con la vulneración de los derechos de defensa, que le sirven a la demanda para pretender que al ser estos derechos violados, se está en presencia de una nulidad constitucional con base en el artículo 26 de la Carta.

Dicha pretensión no está demostrada, por las siguientes razones:

Para que los cargos formulados contra el Juez pudieran prosperar en este proceso como nulidad extra-legal —ya que en las legales propiamente dichas no incidirían en ninguna de las consagradas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal— sería menester que hubieran sido demostrados esos cargos, o por lo menos, que de alguna manera resaltara que la conducta del Juez en la audiencia fue tan abusiva, que no solo es irregular su actitud imprudente, como la calificó el Tribunal, sino que ella fue la causa determinante del veredicto y que los jueces de conciencia, abandonando sus deberes, atendieron más a la intervención irregular del Juez que a su propio criterio, violando el juramento que les obliga a no comunicar con nadie sus determinaciones.

Que un Juez al entregar el proceso al Jurado para la deliberación secreta y con posterioridad a la conclusión del debate público, hable con los miembros que lo componen, no entraña ninguna irregularidad. Esta sería manifiesta si la intervención del Juez es la que da origen al veredicto, o dicho de otra manera, que sin aquélla los jurados no hubiesen decidido como lo hicieron al dar respuesta afirmativa, por unanimidad, a los siete cuestionarios propuestos sobre otros tantos graves delitos por que fue procesado el reo.

Es en este aspecto de la cuestión en donde debe radicarse el problema y no en la sugerencia que entraña atribuír a la conversación del Juez con los jurados distinta intención de la de darles instrucciones sobre cómo proceder, vgr. o dar respuesta a cualquiera otra pregunta que pudiera formularle uno o varios de sus miembros.

Como se ve, todo esto está edificado sobre supuestos o simples hipótesis. La misma demanda admite que está en incapacidad de probar lo que afirma, ya que reconoce que son meras sugerencias o suposiciones las que permiten encontrar algo irregular en la conducta del Juez. Porque es indudable que ninguno de aquellos supuestos sería bastante a conformar un cargo de tanta entidad como pretender que fue la conversación previa a la deliberación, del Juez con los miembros del Jurado, lo que produjo los veredictos condenatorios. Sería en extremo delicado atribuír a esa ocurrencia un hecho de tanta gravedad como la decisión del Tribunal de Conciencia, por unanimidad en siete respuestas afirmativas, las que debieron tomarse con el cuidado y responsabilidad que obliga a los jueces de hecho. Las insinuaciones contrarias no pueden elevarse al rango de falta de garantías al reo para su defensa, porque consta que ésta fue cumplida por el abogado defensor y ahora recurrente, con todas las prerrogativas que la ley otorga.

Por lo demás, si la defensa estaba convencida de la ingerencia proclive e ilegal del Juez en su empeño de intervenir directamente en la decisión de los jurados, participando en sus deliberaciones o por lo menos exponiendo de algún modo su criterio contra los intereses del reo, debió recusarlo, para impedirle fallar un proceso en que había intervenido tan descaradamente.

No hacerlo indica que es débil la convicción de los cargos y que es imposible que se permita dejar a los defensores una puerta abierta a la nulidad cuando en la oportunidad debida no hacen uso de los recursos legales que impiden el atropello a la justicia y solo cuando los resultados del proceso aparecen distintos a los esperados, se recurra a ellos, los que bien pudieron ser aducidos para evitar aquel atropello. Se dice lo anterior con el mayor respeto a la defensa, ya que la Corte admira y aplaude la conducta de ésta en el proceso, la que debe servir de ejemplo a los defensores de oficio.

Propuesta la recusación habría dado oportunidad a producir elementos de juicio para comprobar la conducta del Juez y demostrar hasta dónde alcanzó ésta a constituír una intervención extraña a sus funciones y desfavorable a los intereses defensivos del reo.

No pudiéndose ahora enmendar ningún agravio al derecho de defensa, porque tal como están formulados los cargos no alcanzan a establecer violación alguna a los fueros constitucionales

consagrados para aquélla, necesario es concluír que no existe nulidad supralegal, porque no fue desconocido derecho ninguno o por lo menos esto no fue demostrado.

De otro lado, ya el Tribunal de instancia agotó el trámite de la nulidad, cuando por medio de memorial, el procurador del reo solicitó fuera repuesto el proceso por las informalidades que en su sentir daban base para ello, las mismas en que fundamenta la causal alegada en casación.

El memorial aludido contiene estas afirmaciones últimas:

"El imperio de los derechos que consagra la Constitución Nacional, se hace necesario. La nulidad es de carácter supralegal o constitucional, porque incide sobre la forma propia del juicio que se hace con la intervención del jurado.

"Por consiguiente, solicito:

"1º Que se decrete la nulidad en la actuación desde la audiencia pública, inclusive, en la causa de la referencia;

"2º Que dicho pronunciamiento se haga antes de la sentencia".

El Tribunal, "previo un estudio meditado, jurídico y acertado en estricto derecho", como lo califica adecuadamente el señor Fiscal de la Corte, expresó lo siguiente:

"Pero, por más que así sea lo anterior (se refiere a la exigencia legal de que no exista cosa alguna que perturbe la imparcialidad de los jueces de hecho), por parte alguna aparece la más insignificante constancia que siquiera haga presumir que el Juez de Derecho, apartándose de su sagrado ministerio, hubiera tratado de influír en lo más mínimo en el ánimo sereno, tranquilo y desprevenido de los Jurados de Conciencia, para inclinarlos a emitir su veredicto en determinada forma; si así hubiera sucedido, y si de ello existiera constancia en los autos, no solo estaría el Tribunal, de buena gana, decretando la nulidad solicitada, sino ordenando oficiosamente la apertura de la correspondiente investigación, para delimitar responsabilidades".

Ello es evidente, como lo es de igual manera que solo un ilícito penal comprobado podría determinar retrotraer una causa criminal, por ser también evidente la intromisión dolosa del funcionario, pues no es posible pretender que pueden conculcarse derechos sagrados del reo con procedimientos tortuosos. Mas sin demostración, las solas insinuaciones o las simples hipótesis no bastan a tan grave determinación.

De lo anterior se deduce que la nulidad fue objeto de estudio exhaustivo en las instancias, en la segunda principalmente, la que fue desatada por improcedente, con la decisión del Tribunal de que "no accede", como dice el auto respectivo, a decretar la nulidad impetrada. (Fl. 590, 2º cuad.).

Tiene razón el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando afirma:

"De manera que el cargo que ahora se aduce para sustentar la causal cuarta de casación fue planteada al Tribunal *ad-quem,* estudiado por dicha honorable Corporación y resuelto por medio de una providencia que fue legalmente notificada a las partes, como bien se anota al folio 590 vto. donde se lee acerca de la notificación personal de tal proveído al reo (cumpliéndose así el artículo 168 del C. de P. P.), en la misma forma al Agente del Ministerio Público (observando el art. 172 ibídem) y por estado a las demás partes (al tenor del art. 169 en armonía con lo dispuesto por el art. 166 ibídem). Tal decisión quedó ejecutoriada y en su cumplimiento se observó el precepto contenido en el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal.

"Lo anterior significa que el cargo ya fue discutido en las instancias y resuelto, por medio de decisión que se halla ejecutoriada, no habiendo nada que hacer ahora sobre dicho particular".

Considerado por otros aspectos el problema lleva a conclusiones idénticas. En efecto, si como lo dispone el artículo 475 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 149 ibídem, de todo lo sucedido en la audiencia pública el secretario extenderá una acta debidamente detallada, que firmará el Juez, el secretario y las demás personas que hayan intervenido en aquélla, la cual acta antes de ser firmada será leída íntegramente a los que deban suscribirla, a fin de que si alguno tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, lo haga constar en tal oportunidad, diligencia que de conformidad con el artículo 151 de la misma obra "hace plena fe mientras no sea tachada de falsedad y probada su tacha", no se alcanza a comprender por qué en dicha oportunidad no dejó el defensor su protesta por la violación de los fueros de la defensa, consignando entonces los hechos en que aquella consistía. Habría sido tal ocasión propicia a los reparos que luego formuló a la conducta del Juez y que aprovecha ahora para impugnar de nulidad el proceso. Habría sido, también, el momento de que una explicación del funcionario y de los miembros del Jurado sobre la informalidad anotada por la defensa aclarara la situación surgida.

Pasada esta oportunidad no alcanzan a despejarse los hechos con un informe secretarial, como el contenido en el folio 580 del segundo cuaderno, donde se afirman cosas acontecidas en la audiencia que no quedaron consignadas en el acta de la misma, "por la inmensa dificultad de transcribir las numerosas expresiones que se dicen en el interrogatorio". Esto mismo comprueba que la constancia secretarial aludida solo hace referencia al interrogatorio, dentro del cual afirma también la demanda que hubo informalidades, porque en él el Juez hizo preguntas que manifiestan prevención contra el procesado. Es decir, que no fue solo al finalizar la audiencia y entregar el expediente a los jurados para su deliberación secreta cuando se produjo, al decir del impugnador, la conducta censurable del Juez, que en su sentir anula el proceso, porque de esto ninguna constancia obra en el acta de audiencia ni el señor defensor consignó en ella protesta o reparo alguno.

Ya se dejó dicho que el primer cargo de impugnación se limita a señalar las irregularidades que en sentir del recurrente se cometieron durante la tramitación del proceso, tanto en el acopio o producción de pruebas, como en la forma en que éstas fueron producidas y los procedimientos en ello empleados por los funcionarios de investigación.

Esas críticas, fundadas o no, fueron ya objeto de análisis, pues como la misma demanda lo afirma, durante la audiencia pública, la defensa las expuso con toda nitidez para solicitar la absolución del incriminado. De manera que dentro de un recurso exigente y técnico como es la casación no resulta procedente revivir un debate agotado en las instancias, tanto más cuando por haber intervenido el tribunal popular en la decisión de la responsabilidad del reo, todo lo relacionado con los elementos de juicio que sirvieron de fundamento al veredicto, escapa al recurso interpuesto. De no ser ello así, la casación se convertiría en una tercera instancia, y, además, se incidiría en causales distintas de la cuarta invocada, para desembocar en otra diferente, cual sería la segunda, la que no es viable, como lo tiene resuelto la jurisprudencia en innumerables fallos, en los juicios en que interviene el Jurado.

De otra parte, y así lo anota el señor Fiscal de la Corte, no siendo contrario a la evidencia de los hechos los veredictos producidos por las distintas infracciones a cargo del procesado, tenían necesariamente que ser acogidos en toda su integridad, como lo fueron en forma aceptada por lo jurídica.

De manera que el primer cargo no tiene tampoco fundamento alguno para invalidar la sentencia recurrida.

A igual conclusión tiene que llegarse en cuanto al segundo de los cargos de la síntesis que se ha hecho de la demanda, por la simple consideración de que tampoco está formulado de conformidad con la técnica del recurso, desde luego que la falta de asistencia jurídica al procesado durante la etapa de instrucción, en que se fundamenta, no tiene incidencia alguna dentro del recurso, pues aquella deficiencia no puede ser reparada en el actual momento procesal.

Sin duda alguna tal cargo fue objeto de análisis minucioso en las instancias y de consideración ante el Jurado, para deducir de él consecuencias jurídicas importantes frente a los intereses defensivos del reo. Darle ahora capacidad para contrarrestar la fuerza de los veredictos condenatorios y apoyar en ellos una nulidad sería rebasar los límites legales del recurso, para entrar en discriminaciones que no enmarcan dentro de aquél, sobre todo en la consideración de la causal cuarta, única invocada.

Como lo dice la Procuraduría Delegada, y muchas veces esta Sala, en casación no basta la sola enunciación del cargo, sino que es necesario e indispensable su demostración, pues oficiosamente no corresponde a la Corte, tanto más cuanto que "tampoco el Ministerio Público puede suplir los vicios de la demanda, toda vez que su función, cuando no es parte recurrente, se limita —por imperio de la ley— a responder la demanda formulada, esté bien o mal elaborada desde el punto de vista sustancial".

En lo referente a los cargos contra la conducta del Juez, que también se incluyen en este segundo ataque de impugnación, ellos fueron objeto de detenido análisis y no se les halló el valor que pretende la demanda para alcanzar la nulidad del proceso.

DECISION DE LA CORTE:

Todo lo anterior lleva a concluír que los fundamentos de impugnación no pudieron ser establecidos, con las razones aducidas en la demanda, y, por tanto, el fallo recurrido no acusa violación ni de la Constitución ni de la ley procesal, para

declarar la nulidad por vicios o informalidades a los que no alcanza aquel objetivo.

No prospera, en consecuencia, la causal cuarta invocada.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en completo acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *no invalida* el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Julio Romero Soto —Conjuez—, *Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.*

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO (ASESINATO). VALORACION DE LA PRUEBA INDICIARIA. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES PREVISTAS EN EL ORDINAL 5º DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO PENAL. CAUSAL QUINTA DE CASACION.

1. Expresa Dellepiane al tratar el tema de la prueba por concurso de indicios, que éstos, para producir la certeza en el ánimo del juez, deben ser varios, "cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes como fundadas en leyes naturales que no admiten excepción". Y agrega que este supuesto de indicios no necesarios, no es posible racionalmente fijar el número mínimo y suficiente para producir la convicción. "Ese variará, dice el reputado profesor, según las circunstancias de cada caso, o sea, según la fuerza o peso de los indicios que entran en la combinación. La regla aplicable en este punto es la misma que se formula de los testigos: los indicios se pesan, más que se cuentan; y la mejor prueba de ello es que un solo indicio informativo: el álibi o negativa loci, destruye por completo todo un sistema de cinco o más indicios graves, precisos y concordantes". (Nueva Teoría General de la Prueba, págs. 110 y 111).

Este es el principio en que sobre el particular se inspiró el Código de Procedimiento Penal vigente, como puede comprobarse con la lectura de sus artículos 206 y 217 y de las actas respectivas de la Comisión Redactora de dicha obra. (Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal, T. II, págs. 59 y 75).

La Sala comparte la opinión del señor Procurador en cuanto afirma que no encuentra error ostensible o manifiesto en la valoración que de la prueba indiciaria ha realizado el sentenciador de segunda instancia en este proceso, prueba de la cual, en lógica inferencia, el ad-quem deduce que está plenamente demostrada la responsabilidad del procesado. Sólo en aquellos casos en que el demandante, con fundamento en la causal segunda de casación, demuestra que el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en el protuberante error de considerar establecido un hecho que no sucedió, o de negar la realidad del que sí acaeció, o de no estimar otro que se haya acreditado en autos; o de no valorar los elementos de convicción conforme a la ley, le es dable a la Corte invalidar el fallo acusado y proferir el que deba reemplazarlo.

2. En cuanto a las modalidades o circunstancias agravantes previstas en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, ha dicho la Corte: "Lo esencial en estos casos es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se halle colocado el sujeto pasivo del delito". Y es obvio que ese estado de indefensión en que se sorprende a la víctima no significa precisamente que ésta se encuentre desarmada en el momento del ataque, sino que, dadas las circunstancias en que la agresión se realiza, aquella esté imposibilitada para defenderse.

3. Para estimar infundada la causal quinta, basta recordar que el fallo acusado contiene, en substancia, una estructura lógica: se determinaron los hechos que dieron origen a la investigación, se analizaron las pruebas, y se expusieron las razones por las cuales los elementos de convicción conducían a demostrar la responsabilidad penal del acusado. Hay, pues, en el fondo, una coherencia interna, que es lo fundamental. Por ello ha dicho la Corte sobre la materia:

"La ley exige que toda sentencia se informe en los postulados que se dejan enunciados (aquellos a que se acaba de aludir), porque ellos son esenciales y constituyen el fundamento o norma a los cuales deben las sentencias; pero el empleo estricto y riguroso de formas externas o palabras indicadas en la ley como de contenido aparente, no sustancial, que se omiten en la sentencia, no da base para invalidar un fallo por ausencia de estas formalidades, pues el espíritu de la ley no se encuentra en la forma externa de las palabras sino en los principios que informan cada dispo-

sición penal". (Sentencias de 5 de marzo de 1947, LXII; 6 de octubre, 1948, LXV, 118; 19 de octubre, 1950, LXVIII, 321; 11 de diciembre, 1951, LXX, 917; 25 de julio, 1952, LXXII, 710).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Graciliano Serna a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio (asesinato) en la persona de Abel Osorio Betancourt.

ANTECEDENTES

En las horas de la tarde del domingo 11 de octubre de 1959 se verificó en la localidad de Padua, ubicada en jurisdicción del municipio de Herveo, una manifestación de carácter político, contra la prohibición, basada en motivos de orden público, del señor Inspector Departamental de Policía de aquella localidad, señor Abel Osorio Betancourt. Una vez que hubo terminado el acto político, el Inspector Osorio Betancourt estuvo tomando unas copas de licor, en compañía de algún amigo, hasta las siete y media de la noche, hora en que se trasladó al hotel "Imperial" de dicha población, en donde comió, acompañado de un Agente de la Policía y del joven Eduardo Castaño Montoya.

Después de la comida, Osorio Betancourt y el joven Castaño Montoya se dirigieron a la Casa Cural, en donde fueron agasajados por el señor Cura con café tinto y algunas copas de aguardiente. Luego de conversar un poco con el anfitrión, los dos visitantes salieron, bajo una noche lluviosa, y se encaminaron hacia el centro del poblado. Al llegar cerca al "Restaurante Parroquial", en una esquina de la plaza, el joven Castaño se despidió de Osorio Betancourt. Eran, aproximadamente, las nueve de la noche. Instantes después, cuando el joven Castaño apenas se había retirado unos dos metros, se oyeron tres disparos, y el Inspector, víctima de éstos, caía mortalmente herido. El agresor emprendió veloz carrera, y aunque en su inmediata persecución salieron los Agentes de Policía Pedro Alberto Sierra y Darío Serrano Gutiérrez, el fugitivo logró escapar, protegido por las sombras de la noche, sin que ni éstos ni otros testigos pudieran identificarlo.

Osorio Betancourt fue llevado inmediatamente al Hospital de "El Fresno", en donde, no obstante el tratamiento de urgencia a que fue sometido, falleció poco después, dada la naturaleza mortal de las heridas recibidas, conforme a la necropsia, cuyo resultado, en lo esencial, es el siguiente:

"Presenta una herida de arma de fuego que entró sin tatuaje dejando un orificio de un centímetro de diámetro en región lumbar izquierda baja. Este proyectil atravesó el abdomen y salió por la fosa ilíaca izquierda dejando un orificio desgarrado de uno y medio centímetros de diámetro.

"Una herida de arma de fuego cuyo orificio de entrada se encuentra a nivel del extremo anterior de la duodécima costilla izquierda, sin tatuaje; después de atravesar el abdomen salió, dejando un orificio de dos centímetros de diámetro, de bordes desgarrados, por el epigastrio a tres centímetros a la derecha de la línea xifoumbilical.

"..... ....

"En la cavidad abdominal se encontró un hemoperitoneo de 1.500 cc. aproximadamente, dos perforaciones en el intestino grueso (transverso), cuatro perforaciones en el intestino delgado y una herida que seccionó la vena cava inferior un poco por encima de la bifurcación".

Y agrega el concepto médico-legal: "Causa de la muerte: Anemia aguda. La herida de la cava es mortal". (f. 45, cuaderno 1).

La misma noche de los hechos de autos, los mencionados Agentes de Policía Darío Serrano Gutiérrez y Pedro Alberto Sierra encontraron, cerca al sitio en que cayó ultimado el Inspector Osorio Betancourt, tres vainillas de pistola (fs. 16 y 24). Y en la misma fecha, o sea el 11 de octubre de 1959, el señor Alcalde de la población de "El Fresno" decretó la apertura de la investigación y practicó la diligencia de levantamiento del cadáver (fs. 1 a 2 vto.).

Al día siguiente, las autoridades militares de la nombrada población dispusieron que una patrulla, bajo el comando del Cabo 1º Ramiro Vega, inspeccionara los alrededores de la región, ya que habían tenido conocimiento de que por allí merodeaban algunos antisociales. En tal misión, y cuando la referida patrulla pasaba cerca

a la quebrada de "El Guarumo", encontró a un sujeto, que resultó ser Graciliano Serna, a quien, al ser requisado, se le encontró una pistola "Browing", cargada con 7 cartuchos, de cuya procedencia no pudo dar explicaciones satisfactorias; dos anillos de oro y doscientos cincuenta pesos (fs. 36 v. a 37 v.).

Tanto las referidas vainillas como la pistola hallada en poder de Graciliano Serna, junto con la respectiva funda o "chapuza", fueron sometidas al concepto pericial de los Capitanes Joaquín Carvajal Ruiz y José Rodrigo Granada Ospina. Los peritos conceptuaron, en lo fundamental, lo siguiente:

a) "La pistola sometida al experticio es marca Browing —calibre 9 mm.—; puede ser cargada con diez (10) cartuchos así: nueve (9) en el proveedor y uno (1) en la recámara";

b) "Estas pistolas son importadas únicamente para el uso exclusivo de las Fuerzas Armadas";

c) "Las tres (3) vainillas acompañadas, por la circunstancia de ser del mismo calibre, o sea 9 mm., han podido ser disparadas por la pistola en referencia";

d) Después de hacer un disparo con la pistola examinada, los peritos encuentran que "las huellas dejadas por la aguja al disparar este proyectil, son idénticas a las dejadas por la aguja al disparar las otras vainillas, hasta el punto de que solamente se distinguen estas vainillas por la numeración de las tres primeras. Sin embargo técnicamente no podríamos afirmar que sí fueron todas disparadas por la misma arma";

e) "La funda o chapuza no es la original con que se importan estas armas, tampoco es de las que reglamentariamente se usan en las fuerzas armadas para el porte de estas armas. Esta funda fue mandada a hacer especialmente para una persona zurda o izquierda";

f) "Estas armas al ser disparadas van botando automáticamente sus respectivas vainillas" (f. 58 y 58 v.).

En lo pertinente, los anteriores conceptos fueron confirmados por el Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal de Bogotá con fecha 5 de diciembre de 1959:

"En las mustras tomadas del ánima se encontraron residuos de deflagración de la carga (materias carbonizadas y partículas de pólvora), las cuales fueron determinadas por procedimientos microscópicos y aplicando el reactivo de Lunge.

"Las cuatro vainillas recibidas corresponden a cartucho de pistola calibre 9 mm.

"Disparada la pistola en el Laboratorio su vainilla fue confrontada mediante el microscopio especial para balística con las cuatro vainillas enviadas para examen, encontrándose igualdad tanto en las huellas de la aguja percutora como en las huellas del expulsor y del extractor lo mismo qūe en las huellas dejadas en el culote" (f. 85).

En su indagatoria el procesado afirma que utiliza para todo la mano izquierda; niega ser el autor del homicidio por el cual fue condenado y propone la coartada de hallarse la noche de autos en lugar distinto a aquel en que se cometió el crimen (fs. 22 fte. a 23 vto. y 50 vto. a 52 fte.).

El proceso fue tramitado conforme a las normas del Decreto extraordinario número 0012 de 1959. Con fecha 5 de noviembre de 1959 el Juzgado 174 de Instrucción Criminal profirió auto de detención preventiva contra Graciliano Serna. Mediante auto del 9 de enero de 1960 se declaró cerrada la investigación y se corrió traslado a las partes por el término de tres días, para los fines previstos en el artículo 3º del mencionado Decreto. Durante dicho término, el Agente del Ministerio Público y el apoderado del procesado presentaron sus respectivos alegatos, el primero solicitando la condena, por homicidio voluntario; y el segundo, la absolución del incriminado, por ausencia de pruebas para condenar.

SENTENCIAS DE PRIMERO Y SEGUNDO GRADOS

El Juez a-quo puso término a la primera instancia mediante fallo condenatorio de fecha 18 de febrero de 1960, en el cual se impuso a Graciliano Serna la pena principal de diez (10) años de presidio, como responsable del delito de homicidio, simplemente voluntario, en la persona de Abel Osorio Betancourt. No conforme con tal decisión, el procesado apeló de la misma para ante el Superior. El Tribunal, acorde con el criterio del señor Fiscal 1º de la Corporación, desató el recurso en la ya citada sentencia del 22 de septiembre de 1960, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"En mérito de lo expuesto..., *reforma* la sentencia materia de la alzada, en el sentido de elevar la pena principal aplicada a Graciliano Serna a *quince años de presidio*, de imponer además de las penas accesorias acordadas en la primera instancia, las siguientes: a) Publicación especial de la sentencia, en los términos del artículo 52 del Código Penal, y b) Pérdida del arma con la que se consumó el delito, la cual se remitirá a la

Dirección General del Servicio de Material de Guerra una vez ejecutoriado este fallo. Y la condena al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, se hace en abstracto, como medida ordenada por el artículo 92 ibídem".

En la parte motiva, el ad-quem, después de un análisis del acervo probatorio del proceso, funda la anterior resolución en las siguientes consideraciones:

"El elemento material del delito de homicidio se encuentra establecido plenamente por medio del acta del levantamiento del cadáver (fol. 2 y v.), la información del Legista sobre los resultados de la autopsia (fol. 45) y la copia del registro civil de defunción (fol. 64).

"En cuanto a la responsabilidad, el proceso arroja los siguientes elementos de convicción para asegurar que no fue otra persona distinta de Graciliano Serna, el autor de los tres disparos que troncharon la vida del Inspector de Padua, señor Abel Osorio Betancourt:

"a) El habérsele encontrado portando una pistola calibre 9 mm. faltándole tres cartuchos y con huellas de haber sido disparada recientemente. El Inspector Osorio Betancourt fue víctima de tres disparos con proyectil de 9 mm. y las respectivas vainillas fueron halladas cerca de su cadáver;

"b) El hecho probado técnicamente de que las tres vainillas fueron disparadas por un arma de las características de la pistola decomisada a Serna en la mañana siguiente al crimen;

"c) La circunstancia de que la chapuza o funda perteneciente al arma con que se produjeron los disparos está confeccionada especialmente para una persona zurda, y Graciliano Serna, según él mismo lo reconoce particularmente, utiliza la mano siniestra;

"d) Las numerosas contradicciones y falsas explicaciones en que incurre el incriminado al contar lo relacionado con el hallazgo de la pistola y el conocimiento de esta clase de armas. Unas veces dice que la encontró doce días antes de su captura y otras afirma que la descubrió momentos precedentes al del tropezón con la tropa. De otro lado aparenta una total ignorancia en el manejo de armas de fuego y, sin embargo, cuando se le decomisa la pistola y el Cabo Vera pretende descargarla sin las precauciones necesarias, se apresura a indicarle el mecanismo de seguridad y a prevenirlo de los riesgos de una torpe maniobra. Esa actitud contradictoria, ciertamente revela una conciencia de culpabilidad, porque la experiencia judicial, según lo apunta Enrique Ferri, 'enseña constantemente que el acusado inocente dice siempre lo mismo, desde el primer momento hasta el último; puede dar también detalles inexactos (por defecto de memoria o de percepción); pero, en la versión del hecho, dice siempre y en sustancia lo mismo. Conserva continuamente una línea recta, como el vuelo de la golondrina. Por el contrario, el acusado culpable va en zigzag; acusa, se contradice, procura enmendar mentiras reconocidas; sigue siempre una línea sinuosa, como el vuelo del murciélago'. (Defensas Penales, U.T.E.T., 1925, t. II, pág. 289).

"Los indicios son, pues, múltiples, graves precisos y concordantes para establecer la responsabilidad de Graciliano Serna; a ellos se suma esta otra circunstancia de enorme valor probatorio: la fallida coartada. Es evidente que los testimonios de Libardo López y su esposa, aunque coinciden en el hecho principal, en los pormenores no pueden conciliarse y desembocan en la mentira al tratar de confirmar el dicho del procesado; con mucho probar, nada prueban. En tales condiciones es menester concluír que Serna no pudo demostrar que en los momentos del crimen se hallaba en sitio distante al que sirvió de escenario a los acontecimientos.

"De todos los elementos de juicio que han quedado analizados, surge nítidamente la prueba que para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Importa ahora determinar el grado de la responsabilidad y la cantidad de la sanción a que se ha hecho acreedor el infractor de la ley penal.

"El señor Juez del conocimiento considera que el delito en estudio encaja en las previsiones del artículo 362 del Código Penal y descarta la presencia de modalidades específicas de agravación. En oposición, el Ministerio Público estima que se trata de un verdadero asesinato 'cometido en circunstancias que hacen imposible la defensa de la víctima, por la manera sorpresiva del ataque y valiéndose de la oscuridad de la noche'.

"Tiene razón el señor Fiscal, pues la agresión, con toda evidencia se perpetró sorprendiendo a la víctima desprevenida, en completa incapacidad para repeler el ataque y con aprovechamiento de esas condiciones de inferioridad. La noche era brumosa, el Inspector no pudo advertir la presencia de su victimario y los disparos se le hicieron a corta distancia y no de frente, según lo constatado en la necropsia; así que el atacante obró con todas las posibilidades de no errar en el blanco determinado y sin riesgo alguno.

"Esas circunstancias que rodearon el hecho, indudablemente constituyen motivo para calificar el homicidio como asesinato, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 5º del artículo 363 de la obra citada. La penalidad, por tanto, habrá de situarse entre los quince y los veinticuatro años de presidio".

LA DEMANDA DE CASACION

La formula el recurrente, por medio de apoderado inscrito en la Corte, en libelo que, dividido en cinco capítulos, aparece de folios 8 a 32 del segundo cuaderno. El primer capítulo contiene un resumen de los hechos. En el segundo se hace memoria de la actuación procesal. Los tres capítulos siguientes están destinados a invocar y sustentar, contra el fallo impugnado, las causales de casación previstas en los numerales 2º, 1º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden.

Causal 2ª Sostiene esencialmente el impugnador, bajo la invocación de esta causal, que los diversos hechos graves, precisos y concordantes que, en sentir del Tribunal, demuestran a plenitud la responsabilidad del procesado, sólo constituyen un solo indicio. En desarrollo de su tesis, después de citar conceptos de notables tratadistas sobre la prueba indiciaria, expresa:

"En el caso de Graciliano Serna, el Tribunal apreció como diferentes indicios:

"1º El habérsele encontrado al procesado una pistola de iguales características a la pistola con la cual le dieron muerte a Osorio Betancourt. ¿Está probado plenamente que la pistola decomisada a Graciliano Serna fue la misma con la que dispararon contra el Inspector? No está probado.

"2º ¿Está suficientemente probado que las tres vainillas que fueron encontradas por el agente Darío Serrano Gutiérrez pertenecieron a la misma carga de la pistola que encontraron a Graciliano Serna? No está probado plenamente conforme lo exige la ley.

"3º ¿Está probado plenamente que la chapuza que le fue encontrada a Graciliano Serna perteneció al arma con que se produjeron los disparos que hirieron al Inspector? No está probado tampoco este hecho.

"4º ¿Está probado plenamente que la pistola encontrada a Graciliano Serna fue la que se empleó para hacer los tres disparos que menoscabaron la integridad física de Osorio Betancourt? No está probado tampoco este hecho.

"5º ¿Está probado plenamente que Graciliano Serna fue la misma e idéntica persona que disparó por tres veces consecutivas contra el Inspector Osorio Betancourt? Tampoco está probado este otro hecho, por ninguno de los medios probatorios señalados por la ley, por ejemplo, confesión de parte, testimonios directos o indirectos, inspección ocular, etc.

"Los anteriores hechos quebrantaron directamente el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal que prescriben (sic) que los indicios por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio.

"El hecho de habérsele encontrado a Serna una pistola de 9 mm. con siete cartuchos faltándole tres de su carga habitual, unido al de que la chapuza es para usarla una persona zurda y que ésta había sido disparada recientemente, ningún valor probatorio tiene para demostrar plenamente que Graciliano Serna fue el sujeto que disparó contra el Inspector. Todos estos hechos constituyen (sic) más que un indicio y por más que se aprecien por el Tribunal de diversas maneras solamente tienen el valor que le da el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. 'Un solo indicio no hará jamás plena prueba'."

Cita, en seguida, los siguientes conceptos de Framarino de Malatesta:

" 'Un solo hecho indiciario no puede dar lugar más que a un solo indicio. Si se multiplican las pruebas diversas del mismo hecho, el indicio se fortificará cada vez más subjetivamente; pero objetivamente será siempre un solo indicio. Y es esto cierto, aun cuando las múltiples pruebas aseveren parte diversa y momentos diversos del mismo hecho, siempre que las pruebas de estas partes o momentos se refieran sólo a la prueba del hecho mismo'.

" 'Uno habrá visto a Ticio salir de la casa precipitadamente; otro lo habrá visto atravesar corriendo una plaza; otro, en fin, tomar un carruaje y partir a escape. Estas tres declaraciones no sirven para dar fe más que a (sic) un solo hecho indiciario: la fuga, y este hecho, por más que sea probado de mil maneras, nunca podrá constituír más que un solo indicio' (La Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, pág. 188)".

Y agrega: "En el caso de autos podemos afirmar siguiendo las enseñanzas del famosísimo autor de crítica probatoria, que los cuatro hechos estimados como indicios diversos de especial gravedad, no son más que un solo indicio, *no necesario*, sino probable o contingente como los denuncia Framarino 'cuyas sabias enseñanzas no las debe desconocer el Juez, cuando de rodillas

ante Dios y por aproximación administra justicia' (Casación de Felipe Hurtado Ibarburen, ponente doctor Angel Martín Vásquez). Estas consideraciones son necesarias, puesto que en el fallo demandado se lee lo siguiente:

" 'Los indicios son múltiples, graves, precisos y concordantes para establecer la responsabilidad de Graciliano Serna; a ellos se suma otra circunstancia de enorme valor probatorio: la fallida coartada'.

"Como se ve, el honorable Tribunal le dio diversa interpretación a los hechos, de la que en derecho se les debe dar, con lo cual quebrantó el artículo 203 en armonía con el artículo 204 del Estatuto Procesal Penal".

A continuación el impugnador resume los cargos formulados al fallo acusado con apoyo en la causal segunda, así:

"1º Impugno la sentencia recurrida porque el Tribunal le dio un valor probatorio que no tiene la posesión de una pistola por parte de Graciliano Serna.

"2º Es causal también de impugnación el dictamen producido por el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, en el que se afirma que las vainillas fueron disparadas por una arma de característica similar a la que le fue encontrada a Serna. Este cargo lo hago consistir en que el Tribunal lo interpreta erróneamente en el sentido de que se le atribuye a dicho dictamen la afirmación de que con dicha arma se disparó contra el Inspector, que es muy distinta a la que realmente tiene, y es que los disparos fueron hechos con una arma de características similares.

"3º El Tribunal aprecia erróneamente el hecho de que la funda de la pistola decomisada a Serna está especialmente confeccionada para una persona zurda y que Graciliano es zurdo. Todo esto es sólo un indicio; la posesión de la pistola por parte de Graciliano Serna, con ánimo de señor y dueño, pero de ninguna manera tiene el valor de indicio necesario de consumación del homicidio cometido en la persona del Inspector del caserío de Padua.

"Siendo la certeza judicial un estado subjetivo del alma humana, que está sometida a especiales contingencias, ella tiene que estar corroborada en el proceso por diversas pruebas, para que se pueda producir una condena.

"Estimo que en el caso de autos se le dio a los hechos una interpretación que no podían admitir en sana lógica y se les atribuyó un valor probatorio que no tenían, y por virtud de este grave error se produjo una determinación injusta en contra de Graciliano Serna.

"Las pruebas recaudadas a los autos, no tienen valor probatorio alguno para demostrar que Serna fue el sujeto que puso en movimiento su actividad física para ejecutar el hecho criminoso.

"Estimo que está demostrada la causal segunda de casación erigida por la ley. Como la honorable Corte automáticamente se convierte en Tribunal de Instancia para examinar todo el proceso (casación de Felipe Hurtado Ibarburen) de la manera más atenta y respetuosa que (sic) se invalide la sentencia y se proceda a dictar la que deba reemplazarla, al tenor de lo dispuesto en el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

Causal 1ª Tres cargos formula el demandante, con invocación de la causal primera, al fallo recurrido.

El primero consiste en afirmar que en el proceso no está plenamente demostrado que Graciliano Serna tuviera la intención de matar, y que, como el dolo de propósito no se presume, erró el Tribunal al aplicar al caso de autos los artículos 362 y 363, ordinal 5º, del Código Penal. El mismo recurrente resume el cargo de la siguiente textual manera:

"Impugno la sentencia del Tribunal por errónea interpretación del artículo 362, en concordancia con el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, por errónea interpretación de la ley penal sustantiva que determinó la indebida aplicación de la misma, ya que lo legal en este proceso, hubiera sido dictar una sentencia absolutoria o por lo menos dar cumplimiento al artículo 7º del Decreto 0012 de junio 4 de 1959, dictando un sobreseimiento temporal por ausencia de los presupuestos que para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal".

Considera el recurrente, al plantear el segundo cargo, que "La sentencia recurrida es violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación del numeral 5º del artículo 363 del Código Penal", porque no está plenamente probado —en su sentir— "que la insidia, la acechanza (sic), la alevosía o las condiciones de inferioridad de la víctima fueron aprovechadas por Graciliano Serna, para consumar el delito, sin correr ningún riesgo". Y resume así el cargo:

"Impugno la sentencia del Tribunal en virtud de que en la sentencia se les dio un valor probatorio a los hechos que rodearon la muerte violenta del Inspector Osorio para elevar a la cate-

goría de asesinato al hecho que se juzga, los cuales no tienen el valor probatorio que les atribuye el Tribunal, resultando por tal motivo de indebida aplicación el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal''.

. El tercer motivo de impugnación se propone en la demanda en los términos que a continuación se transcriben:

''Está debidamente comprobado en el expediente la buena conducta anterior de Graciliano Serna, su ninguna ilustración, el precario medio social en que vivió, la completa ausencia de antecedentes judiciales y de policía que constituyen poderosos argumentos para comprobar y corroborar la presunción de inocencia que lo protege lo que implica que su personalidad no ofrece ningún peligro teniendo derecho a que su situación se le resuelva por interpretación benigna conforme lo disponen los artículos 44 de la Ley 153 de 1887 y 204 del Código de Procedimiento Penal y 3º del Código Penal''.

Causal 5ª Es esta, como ya se dijo, la tercera y última de las causales invocadas por el actor, quien la fundamenta así:

''1º La sentencia impugnada no expresa clara y terminantemente que Graciliano Serna estuvo en el sitio de la ocurrencia de los hechos y que éste fue el sujeto que disparó contra Abel Osorio Betancourt ocasionándole la muerte.

''2º La sentencia no expresa clara y terminantemente que la pistola decomisada por la patrulla del Ejército a Graciliano Serna, fue la misma que el asesino usó para hacer los tres disparos contra el Inspector de Padua, señor Osorio Betancourt.

''3º La sentencia impugnada no expresa clara y terminantemente que Graciliano Serna en la ejecución de los actos de consumación del homicidio haya empleado los medios de acechanza (sic), alevosía, la insidia o la indefensión. La honorable Corte ha dicho:

'' 'Para que la causal 5ª de casación se admita como probada, es menester que no se diga en la sentencia cuáles son los hechos principales y accesorios que influyen en la calificación del hecho y la responsabilidad de su autor, y consecuencialmente, en la aplicación de las penas, porque es necesario, y la ley lo exige, que el Estado le diga al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijarle las sanciones'. (Casación, 11 de febrero de 1946, LX, 171).

''No hay prueba en el expediente sobre la acción psíquica o elemento intencional ni sobre el sujeto activo del delito calificado como homicidio agravado, o sea sobre su autor material''.

Concluye el demandante pidiendo que, si la causal prospera, se invalide la sentencia recurrida y se proceda conforme al artículo 570, letra b), del Código de Procedimiento Penal.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista de fondo, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la causal segunda no ha sido demostrada por el impugnador, y pide a la Corte que, por este aspecto, deseche el recurso. Importa transcribir las razones en que, para formular su solicitud, se funda el distinguido colaborador:

''El fallo acusado se apoya en varias probanzas para llegar a la conclusión de que existen diversos indicios que para el Tribunal *ad quem* revisten el carácter de 'múltiples, graves, precisos y concordantes para establecer la responsabilidad de Graciliano Serna'. A ello aúna el mismo fallador la circunstancia de haber resultado fallida la coartada que suministró el reo y cuyo análisis se verifica con detenimiento y lógica en la sentencia acusada''.

Reproduce en seguida el Procurador los ya transcritos apartes del fallo recurrido, en los cuales el Tribunal resume el examen de los elementos de convicción que le sirven para afirmar la responsabilidad penal del procesado. Y agrega:

''Esta Procuraduría no encuentra que el anterior razonamiento del Tribunal *ad quem* viole las leyes del recto discurrir, menos aún que pugne contra el acontecer cuotidiano y requiera supremos esfuerzos mentales para entender las premisas sobre las cuales apoya su decisión. Cuando el fallador afirma en la sentencia demandada que la pistola hallada, al día siguiente del hecho investigado, al procesado Graciliano Serna, fue sometida a dictamen de los peritos en balística del Instituto de Medicina Legal y presentó características *similares* a la que pertenecen las vainillas encontradas cerca del cadáver de Osorio Betancourt y que la procedencia de tal arma no fue explicada satisfactoriamente —y sí en forma contradictoria— por el reo, nada que contraríe a la realidad procesal conlleva su conclusión. Ahora bien: si precisamente a tal arma que se le decomisó a Serna le faltaban tres proyectiles; si tres fueron los disparos que ocasionaron la muerte de Osorio y tres las detonaciones

escuchadas por algunos testigos que rindieron su versión al proceso; si la chapuza o funda es de las características de las que utilizan los que hacen uso de armas de fuego con la mano izquierda y el reo es uno de ellos, como él mismo lo afirma; si la versión del procesado envuelve diversas contradicciones en aspectos fundamentales como la fecha misma en la cual afirma encontró tal arma; si al desconocimiento del manejo de tal arma se opone la advertencia de Serna al Cabo Vera para impedir 'una torpe maniobra', al decir del Tribunal, si todos estos hechos se armonizan y son convergentes a comprobar que el único responsable del homicidio en la persona de Osorio fue Graciliano Serna nada hay en la valoración de los hechos contenidos en las probanzas que revele la comisión de error manifiesto o evidente en la apreciación de los mismos, por parte del honorable Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia acusada.

"Los cargos del impugnador han sido deficientes para imprimirle prosperidad a la causal segunda y ello porque, además de las consideraciones anteriores, lo relativo a la conexidad, gravedad y precisión de los indicios es propio del arbitrio de los falladores de instancia para valorar la prueba indiciaria y solamente, en casos excepcionales, es dable modificar en casación el criterio de tales jueces so pena de reducir a su mínima expresión tal facultad. Los extremos de excepción no pueden ser otros a aquellos donde se hace notorio el absurdo del hecho indicado que estima plenamente probado el fallador, lo ilógico del hecho indicador o su falta de comprobación en los autos, o la conclusión equivocada a que llega el juez de instancia a causa de una interpretación manifiestamente errónea de los hechos. Pero no en todos los casos en los cuales a una deducción se opone otra es procedente en casación estimar por plenamente demostrados los cargos que tiendan a desvirtuar la fuerza probatoria de los indicios que sirvieron de fundamento a la sentencia impugnada. Los cargos sobre los cuales se apoya la causal segunda de casación han de ser de suficiente fuerza probatoria y contar con el respaldo de los hechos del proceso para que sirvan para infirmar una decisión. Y sólo la honorable Corte podrá proceder a verificar el estudio pleno de todos los elementos de juicio incorporados al proceso cuando los cargos se apoyen en la plenitud de las probanzas que componen el proceso, pues en caso contrario estaría procediendo oficiosamente en casación, lo cual está vedado en tratándose de este recurso extraordinario. Así lo estima esta Procuraduría.

"En el caso *sub-judice* el recurrente apenas formuló unos cargos que no destruyen el valor que se atribuyó a los indicios que enumera el Tribunal *ad-quem*, pues ni siquiera controvierte todos los argumentos de dicho fallador. Por otra parte, de conformidad con el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal: 'Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su existencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse', lo que implica que si los diversos indicios señalados por el Tribunal cada uno por separado no constituye plena prueba, en su conjunto sí revisten el carácter de plena prueba que exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para condenar. Y más aún el artículo 665 del Código Judicial, cuya aplicación al procedimiento penal es procedente de conformidad con el artículo 7º del estatuto que regula esta materia, es del tenor siguiente: 'Por regla general los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido' y fue esta norma la que permitió al Tribunal *ad-quem* separar los diversos indicios para luego al relacionarlos hallar que son graves, precisos y convergentes entre sí a la comprobación de la responsabilidad penal del reo. Su juicio no ha sido demostrado erróneo en grado manifiesto o evidente".

En cuanto al primero de los cargos propuestos en la demanda bajo la invocación de la causal primera, estima el señor Procurador que aquél se propone plantear una cuestión de hecho relativa a la prueba de uno de los elementos constitutivos del delito, extremo que, conforme a la técnica de este recurso extraordinario, ha debido alegarse y sustentarse con fundamento en la causal segunda. No obstante la fundamental deficiencia que el referido cargo comporta la Procuraduría lo refuta así:

"Habiéndose aceptado la valoración de los hechos que hace el Tribunal *ad quem* en cuanto se relaciona con la tipificación del delito de homicidio (art. 362 del Código Penal) que se atribuye a Graciliano Serna y estando en concepto de este Despacho plenamente comprobados el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del reo, resulta desprovisto de amparo probatorio en el proceso pretender que haya existido errónea interpretación y aplicación indebida de la norma antes mencionada. La intención de matar en la conducta de Graciliano Serna ha sido deducida

acertadamente por el Juez *a-quo* en los siguientes términos:

"'... El elemento intencional (animus necandi) se refleja claramente por la calidad del arma empleada, la pistola decomisada es muy potente y apta para quitar la vida a un ser humano; por el número de los disparos (tres) todos los cuales hicieron impacto en el cuerpo de la víctima, según consta en la diligencia de levantamiento del cadáver, la corta distancia a que se hallaban víctima y victimario y la dirección en que fueron hechos, a la mitad del cuerpo, son hechos todos que manifiestan claramente la intención homicida del sindicado'. (f. 126)".

Considera en cambio el señor Agente del Ministerio Público que le asiste razón al demandante cuando sostiene que en el proceso no está demostrada a plenitud ninguna de las modalidades o circunstancias agravantes previstas en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, motivo por el cual el cargo debe prosperar, aunque haya sido formulado en forma antitécnica, ya que debió sustentarse dentro del ámbito de la causal segunda de casación, para alegar, consecuentemente, la violación de la ley sustantiva, con base en la causal primera.

Acorde con tal criterio, el señor Procurador pide a la Corte que invalide parcialmente el fallo recurrido y en su lugar profiera el que deba reemplazarlo, condenando al procesado por homicidio simplemente voluntario.

Por lo demás, y en cuanto respecta a la tercera y última de las causales por el recurrente propuestas, es decir, la quinta, la Procuraduría es enfática al expresar que, en su concepto, dicha causal "apenas ha sido invocada, pero no sustentada por cuanto en el fondo ningún cargo reviste la calidad de tal para ser considerado por la honorable Corte en casación como procedente para la demostración de la referida causal".

SE CONSIDERA:

1) Momentos después de caer ultimado Osorio Betancourt y cerca del sitio donde éste fue mortalmente herido, el Agente de la Policía Darío Serrano Gutiérrez encontró tres vainillas de pistola (f. 24 v.).

2) Varios deponentes, como Leonor viuda de Giraldo (f. 34), Gabriel Antonio Castro Ospina (f. 34 v.), Custodio Galeano (f. 35 v.), Conrado Tabares Daza (f. 41), Manuel Trujillo Cardona (f. 41 v.) y Camilo Antonio Giraldo Mendoza (f. 42), quienes a la hora en que ocurrió el hecho de sangre a que se contrae el proceso se encontraban en lugares cercanos, están acordes en afirmar que oyeron tres disparos, que a ellos les parecieron producidos por revólver o pistola.

3) Al día siguiente del hecho investigado una patrulla del Ejército encontró en poder de Graciliano Serna una pistola a la cual le faltaban tres cartuchos de los diez que componen su carga completa. Sometida dicha pistola y las vainillas halladas a los expertos del Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal, éstos encontraron "igualdad tanto en las huellas de la aguja percutora como en las huellas del expulsor y del extractor lo mismo que en las huellas dejadas en el culote" (f. 85, cuaderno 1º), lo cual significa que quedó establecida la identidad entre el arma empleada para ultimar a Osorio Betancourt y la encontrada unas horas más tarde en poder de Graciliano Serna.

4) La "chapuza" o funda en la cual portaba la pistola Graciliano Serna fue especialmente confeccionada "para una persona zurda o izquierda", conforme al dictamen pericial de los Capitanes Joaquín Carvajal Ruiz y José Rodrigo Granada Ospina (f. 58), y el reo utiliza para todo la mano izquierda, como él mismo lo afirma en su indagatoria.

Considera el Juez *a quo,* en concepto que el Tribunal prohija, que "no puede atribuírse a mera casualidad esta circunstancia, sino que es un hecho indicador de que el arma pertenecía a Graciliano Serna, y, por ende, acaba de echar por tierra la peregrina tesis del hallazgo del arma momentos antes de la captura del sindicado" (f. 122).

5) Observa el Tribunal que Graciliano Serna, al ser capturado, dijo que la pistola hallada en su poder se la había encontrado unos doce días antes, y luego en la indagatoria rectificó tal versión, manifestando que el hallazgo de dicha arma había tenido lugar en la misma mañana en que fue sorprendido por la patrulla del ejército, es decir, al día siguiente del crimen. Frente a esta contradicción y al concepto de los peritos, según el cual la "chapuza" o funda "...no es original con que se importan estas armas, tampoco de las que, reglamentariamente se usan en las Fuerzas Armadas para el porte de estas armas", y que dicha funda "fue mandada a hacer especialmente para una persona zurda o izquierda", infiere el Tribunal "que es un infantil invento eso del accidental hallazgo de la pistola; porque si Serna era zurdo, con mucha anterioridad debió mandar a confeccionar la chapuza acondicionada especialmente para él y, desde luego, con anterioridad también debió poseer el

arma''. Y agrega: ''Estas otras circunstancias vienen a revelar que es inverosímil la historia ofrecida por el sindicado: Numerosos testigos dan cuenta de que en la noche de autos llovió por la comarca, luego era imposible que la pistola, al permanecer botada a la intemperie, se hubiera mantenido en el 'estado de aseo' que constató el Cabo Ramiro Vega; por otra parte, Serna demostró conocer perfectamente el funcionamiento del peligroso instrumento, al prevenir al Cabo sobre las maniobras de prudencia que debía realizar para sacarle el proveedor; de ahí se concluye que ese conocimiento de los secretos del arma, no podía adquirirlo sino después de algún tiempo de continuo manejo, indispensable condición para dominar mecanismo tan complicado''.

Antes el fallo acusado recuerda que Graciliano Serna, al relatar en su injurada el hallazgo de la pistola, había manifestado: ''...y saliendo al camino de Guarumo miré así para abajito y me la encontré, *claro que como yo no conozco de armas* yo siempre me sorprendí, pero yo la cogí siempre y yo me puse que no sabía qué hacer y me devolví por el camino que va para la estación de Oldos y por ahí me pasé para la finca de 'La Porfía', y al bajar a la quebrada me encontré con la tropa...'' (Ha subrayado la Corte).

El ad-quem, como ya se vio, resume así ''las numerosas contradicciones y falsas explicaciones en que incurre el incriminado al contar lo relacionado con el hallazgo de la pistola y el conocimiento de esta clase de armas'': ''Unas veces dice que la encontró doce días antes de su captura y otras afirma que la descubrió momentos precedentes al del tropezón con la tropa. De otro lado aparenta una total ignorancia en el manejo de armas de fuego y, sin embargo, cuando se le decomisa la pistola y el Cabo Vera pretende descargarla sin las precauciones necesarias, se apresura a indicarle el mecanismo de seguridad y a prevenirlo de los riesgos de una torpe maniobra. Esa actitud contradictoria, ciertamente revela una conciencia de culpabilidad, ...'' Criterio éste que el sentenciador robustece con la oportuna cita de Ferri que en su lugar se transcribió.

6) Concluye el Tribunal afirmando su convicción de que los anteriores elementos de juicio demuestran a plenitud la responsabilidad penal del procesado en el caso de autos, responsabilidad que ve corroborada por ''esta otra circunstancia de enorme valor probatorio: la fallida coartada''.

En efecto, para llegar a esta conclusión, el sentenciador de segundo grado hace el siguiente examen crítico de las pruebas de descargo:

''Libardo López Henao, el testigo citado por el incriminado para probar su coartada, expresa que Graciliano Serna estuvo trabajando a su servicio 'por espacio de cinco meses más o menos hasta cuando se lo trajeron preso para esta población' (el sindicado solamente habla de cinco semanas), y que permaneció en su casa 'tanto en las horas del día como en la noche del día domingo once de octubre, pues por la noche de ese día él se acostó tan pronto como nosotros nos retiramos a acostarnos y como el señor Serna se acostaba en una pieza contigua, yo pude darme cuenta de que dicho señor permaneció durante toda la noche allí acostado, aun cuando de vez en cuando lo sentía que salía afuera, yo lo volvía a sentir que entraba de nuevo a acostarse'. Agrega que nunca le vio arma de fuego alguna (fols. 74 v. a 75).

''Edilma Agudelo López, esposa del anterior testigo, asegura también la permanencia de Serna en la noche del día once de octubre citado, pero añade que 'en ningún caso yo me di cuenta que el señor Serna se levantara durante la noche'. Termina afirmando que 'durante todo el día de ese lunes doce de octubre del presente año, Serna permaneció en la casa sin que se retirara de ella'. (Fol. 78).

''Ciertamente, como lo observa atinadamente el señor Juez de la causa, se advierte en estos testigos la tendencia de favorecer al sindicado; tan evidente es ese empeño de protección, que van más lejos de lo que el sindicado necesitaba acreditar con sus deposiciones; así se ve que Libardo, el acucioso patrón de Serna, refiere que éste le trabajó por espacio de varios meses, cuando por el contrario, el mismo Serna asevera que únicamente estuvo al servicio de Libardo López por escasas cinco semanas. Y Edilma de López en su afán por acreditar la permanencia del sindicado en su casa, la prolonga hasta el día lunes, en el cual dice que ni un momento se retiró de allí. Lo cierto es que a Graciliano Serna se le intimó captura en la mañana del citado doce de octubre, y no precisamente en la casa del matrimonio López Agudelo''.

A las anteriores consideraciones —que ya serían suficientes para tachar de parcialidad los testimonios en cuestión— y, por tanto, para descartar la propuesta coartada, agrega esta Sala la siguiente: Los deponentes dan a entender que pasaron la noche sobre la cual declaran en actitud poco menos que insomne (lo que ya es sospechoso), puesto que el primero afirma que Serna estuvo toda la noche allí acostado, tanto, que se daba cuenta cuando salía y volvía a entrar; y la segunda asegura que en ningún caso se percató

de que Serna se levantara durante la noche. Entonces, si los cónyuges testigos estuvieron en tan larga vigilia, ¿será verosímil que el uno advirtiera los detalles que apunta y el otro no?

7) Expresa Dellepiane al tratar el tema de la prueba por concurso de indicios, que éstos, para producir la certeza en el ánimo del juez, deben ser varios, "cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes como fundadas en leyes naturales que no admiten excepción". Y agrega que en este supuesto de indicios no necesarios, no es posible racionalmente fijar el número mínimo y suficiente para producir la convicción. "Ese número variará, dice el reputado profesor, según las circunstancias de cada caso, o sea, según la fuerza o peso de los indicios que entran en la combinación. La regla aplicable en este punto es la misma que se formula con respecto de los testigos: los indicios se pesan, más que se cuentan; y la mejor prueba de ello es que un solo indicio infirmativo, el *álibi* o *negativa loci*, destruye por completo todo un sistema de cinco o más indicios graves, precisos y concordantes". (Nueva Teoría General de la Prueba, págs. 110 y 111).

Este es el principio en que sobre el particular se inspiró el Código de Procedimiento Penal vigente, como puede comprobarse con la lectura de sus artículos 206 y 217 y de las actas respectivas de la Comisión Redactora de dicha obra. (Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal, T. II, págs. 59 y 75).

8) Ahora bien: La Sala comparte la opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en cuanto afirma que no encuentra error ostensible o manifiesto en la valoración que de la prueba indiciaria ha realizado el sentenciador de segunda instancia en este proceso, prueba de la cual, en lógica inferencia, el ad-quem deduce que está plenamente demostrada la responsabilidad del procesado. Sólo en aquellos casos en que el demandante, con fundamento en la causal segunda de casación, demuestra que el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en el protuberante error de considerar establecido un hecho que no sucedió, o de negar la realidad del que sí acaeció, o de no estimar otro que se haya acreditado en autos; o de no valorar los elementos de convicción conforme a la ley, le es dable a la Corte invalidar el fallo acusado y proferir el que deba reemplazarlo. Y, ciertamente, así ha procedido esta Corporación en algunos casos. Pero en el presente, como se desprende de lo expuesto y se repite ahora, no se advierte en la sentencia impugnada esa abierta o flagrante equivocación al sopesar los elementos de juicio que enmarcan la responsabilidad del acusado. En consecuencia, no prospera la causal segunda.

---

9) Contrariando la técnica que informa el recurso extraordinario de casación, como lo anota razonablemente la Procuraduría, el impugnante formula al fallo recurrido, con invocación de la causal primera, un primer cargo que, en síntesis, plantea así: No existe en el proceso la plena prueba de que Graciliano Serna tuviera la intención de matar. Por tanto, como el *animus necandi* no se presume, violó el Tribunal la ley sustantiva al aplicar indebidamente los artículos 362 y 363, ordinal 5º, del Código Penal.

Como se ve, la impugnación entraña, en esencia, una cuestión de hecho que, por ende, ha debido alegarse y sustentarse con fundamento en la causal segunda. Pero dejando de lado el yerro de técnica, es preciso decir que ya este cargo quedó implícitamente desvirtuado al estudiarse la causal anterior. A lo cual debe añadirse que el elemento intencional, como con acierto lo consideraron los juzgadores de instancia, se deduce con suma claridad de la calidad del arma empleada, del número de disparos y de la parte del cuerpo de la víctima hacia donde fueron dirigidos: la región lumbar, como se comprobó con la necropsia. El cargo, por tanto, carece de validez.

10) El segundo motivo de impugnación encierra también, fundamentalmente, un cargo que debió aducirse y demostrarse con apoyo en la causal segunda, por cuanto el actor parte de la base de que en la sentencia acusada "se les dio un valor probatorio a los hechos que rodearon la muerte violenta del Inspector Osorio para elevar a la categoría de asesinato al hecho que se juzga, los cuales no tienen el valor probatorio que les atribuye el Tribunal, resultando por tal motivo de indebida aplicación el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal".

Sobre el particular observa el Tribunal que la agresión, "con toda evidencia se perpetró sorprendiendo a la víctima desprevenida, en completa incapacidad para repeler el ataque y con aprovechamiento de esas condiciones de inferioridad". Y añade, con apoyo en la realidad procesal: "La noche era brumosa, el Inspector no pudo advertir la presencia de su victimario y los disparos se le hicieron a corta distancia y no de frente, según lo constatado en la necropsia; así que el atacante obró con todas las posibilidades de no errar en el blanco determinado y sin riesgo alguno".

En verdad, la noche en que se cometió el crimen era lluviosa y oscura. El ya citado Agente de la Policía, Darío Serrano Gutiérrez, al relatar la persecución del homicida, anota que lo perdió de vista "por la demasiada oscuridad". "Pero yo sin embargo —agrega— oía las pisadas del tipo en el barro..." Lo cual demuestra que dada la intensa oscuridad, le era imposible verlo, no obstante que lo seguía de cerca, tan de cerca "que le oía las pisadas en el barro" (fs. 24 a 25 vto.).

Y el joven Eduardo Castaño Montoya refiere que cuando él y el Inspector Abel Osorio Betancourt salieron de la casa del señor Cura y llegaron a la esquina de la Casa Cural, vale decir, momentos antes de perpetrarse el delito, se detuvieron allí "un ratico esperando a que escampara por motivo a que estaba lloviendo, ...". Este mismo testigo continúa relatando lo siguiente: "Llegamos a la esquina de la plaza hacia la parte de arriba frente al Restaurante Parroquial, luego yo me despedí de él siendo más o menos como las nueve de la noche y en ese instante me fui a retirar para el Restaurante y más o menos estaba ya a una distancia de unos dos metros del señor Inspector, cuando sentí un disparo, inmediatamente siguieron echando bala..."

Es evidente, pues, que Osorio Betancourt llegó desprevenido al lugar en que fue atacado, y que sorpresivamente, instantes después de despedirse del joven amigo, se produjeron los disparos mortales, hechos por la espalda, como con acierto lo afirma el Tribunal y lo comprueba la necropsia.

"Lo esencial en estos casos —ha dicho la Corte— es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circusntancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se halla colocado el sujeto pasivo del delito". Y es obvio que ese estado de indefensión en que se sorprenda a la víctima no significa precisamente que ésta se encuentre desarmada en el momento del ataque, sino que, dadas las circunstancias en que la agresión se realiza, como en el presente caso, aquélla esté en imposibilidad de defenderse.

Por tales razones la Corte, apartándose del criterio expuesto por el señor Procurador sobre este aspecto del caso sub-judice, considera que el sentenciador de segundo grado no erró en la valoración de la prueba sobre el particular y que, en consecuencia, obró acertadamente al aplicar el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal. El cargo no fue demostrado.

En cuanto al tercero de los motivos de impugnación aducidos al amparo de la causal primera, basta recordar, para considerarlo improcedente, que precisamente por estimar el ad-quem que en el proceso no se descubren circunstancias de mayor peligrosidad atribuíbles al reo, le impuso el mínimum de la pena prevista en la disposición citada.

---

11) Por último, para estimar infundada la causal quinta, basta recordar que el fallo acusado, si bien susceptible de algunas tachas de carácter formalista, contiene, en substancia, una estructura lógica: se determinaron los hechos que dieron origen a la investigación, se analizaron las pruebas, y se expusieron las razones por las cuales los elementos de convicción conducían a demostrar la responsabilidad penal del acusado. Hay, pues, en el fondo, una coherencia interna, que es lo fundamental. Por ello ha dicho la Corte sobre la materia:

"La ley exige que toda sentencia se informe en los postulados que se dejan enunciados (aquellos a que se acaba de aludir), porque ellos son esenciales y constituyen el fundamento o norma a los cuales deben las sentencias; pero el empleo estricto y riguroso de formas externas o palabras indicadas en la ley como de contenido aparente, no sustancial, que se omiten en la sentencia, no da base para invalidar un fallo por ausencia de estas formalidades, pues el espíritu de la ley no se encuentra en la forma externa de las palabras sino en los principios que informan cada disposición penal". (Sentencias de 5 de marzo, 1947, LXII; 6 de octubre, 1948, LXV, 118; 19 de octubre, 1950, LXVIII, 321; 11 de diciembre, 1951, LXX, 917; 25 de julio, 1952, LXXII, 710).

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *no invalida* la sentencia acusada del Tribunal Superior de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO INTENCIONAL EN CONCURSO MATERIAL CON EL DE LESIONES PERSONALES.

Causal de nulidad a que se refiere el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Casos en que prospera la causal 2ª. Su plena comprobación por parte del demandante. Cuando el cargo se refiere a errada interpretación o apreciación de los hechos, debe alegarse a través de la causal 2ª y no de la 1ª.

1. Sabido es que el fin de la ley es la suprema guía para interpretarla. Así, cuando el legislador instituyó en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal la causal de nulidad consistente en haberse incurrido en error relativo al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, lo que fundamentalmente quiso evitar, en el primer supuesto, es que por falta de una plena identificación del culpable cargue un inocente con el delito cometido; y, en el segundo, que (caso del homicidio, por ejemplo) aparezca como muerto quien en verdad está vivo.

Por ello ha dicho la Corte que "para que pueda declararse nulidad por haberse incurrido en error relativo a la persona del ofendido, es indispensable que no pueda obtenerse su identidad física, porque como se dijo del sindicado, 'el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales'. Lo que es absolutamente necesario es que se conozca a la víctima con toda certidumbre para que se establezca la relación de causalidad entre el hecho y su autor y pueda determinarse cuál es el delito y la responsabilidad del sindicado".

2. En numerosas oportunidades ha expresado esta Sala que sólo en aquellos casos en que el demandante, con apoyo en la causal segunda de casación, demuestra que en el fallo acusado se incurrió en el manifiesto u ostensible error de dar por establecido un hecho que no sucedió, o de negar el que sí acaeció o de no estimar otro u otros que se hayan plenamente acreditado en el proceso, o de no valorar los elementos de juicio conforme a la ley, puede la Corte invalidar la sentencia objeto del recurso y proferir la que deba reemplazarla.

Si lo que el actor pretendía era controvertir la prueba con respecto a la identidad física de la víctima, lo cual presupone una errada interpretación o apreciación de los hechos, el cargo debió alegarse y sustentarse a través de la causal segunda de casación, y no con fundamento en la primera.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Previo el trámite especial previsto en el Decreto 0012 de 1959, mediante sentencia del 31 de mayo de mil novecientos sesenta el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Alirio Castro Prieto a la pena principal de nueve (9) años de presidio, "como responsable del delito de homicidio intencional agotado en la persona de Gilberto Arce, en concurso material con el de 'lesiones personales' sufridas por el soldado Josué Mosquera...", sentencia que fue plenamente confirmada por el Tribunal Superior del nombrado Distrito en la suya del 23 de noviembre del mismo año.

Decide ahora la Corte el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por

el procesado contra el fallo de segunda instancia.

HECHOS

Como lo expresa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su respuesta a la demanda de casación, el Fiscal Segundo del Tribunal sentenciador hace una acertada referencia a las pruebas del proceso que esclarecen los hechos ocurridos. En efecto, dice sobre el particular y en lo pertinente el señor Fiscal:

"Según el soldado Josué Mosquera, el cuatro de octubre de 1959, en horas de la noche, se hallaba en la población de Florida (V.) gozando de licencia, en compañía de un cuñado de éste de nombre Alfredo, con quienes se dirigió a la zona de tolerancia de ese lugar, con el ánimo de ingerir algunas cervezas. Como al pasar por una casa de lenocinio viera que un individuo propinara puñetazos a una prostituta, hubo de increparle su proceder en buenos términos, a lo cual repuso aquél, quien fue individualizado como Alirio Castro Prieto, 'que si estaba muy berraco y que si creía creer (sic) el 'super putas' al mismo tiempo que acometió contra el declarante con un cuchillo, causándole la herida descrita por los médicos legistas en cuyo concepto ocasionó ella incapacidad definitiva de trece días, sin secuelas. Agrega el soldado Mosquera que después de haberlo agredido a él, hizo lo propio con Arce a quien 'le tiró una puñalada en el estómago'.

"..... .....

"Manifiesta el señor Marco Aurelio Gil, testigo *de visu* de los hechos investigados, que ante el ataque de que hacía objeto Castro Prieto a una mujer, en buenos términos como el soldado le insinuó dejara ese proceder, aquel agredió primero a Gilberto Arce quien 'no ofendió ni de palabra ni de obra ni por señas' a Castro y quien una vez que lesionó a Arce hirió al soldado Mosquera.

"Sometido a indagatoria Castro Prieto, acepta haber herido al soldado, pero en circunstancias distintas a la que éste expresó, a quien coloca como su agresor y que temiendo que los otros compañeros le hicieran 'pandilla' hubo de defenderse hiriendo únicamente a Mosquera. Pone de presente que los compañeros del soldado 'no me atacaron en ninguna forma' por lo que él tampoco los atacó. Negó enfáticamente haber causado la muerte a Gilberto Arce. Al ponerle de presente el cuchillo con el cual agredió a los ofendidos, lo reconoció como tal.

"La barragana del propietario de la cantina escenario de los acontecimientos materia de la investigación, señora Esneda Peñaranda, expone que desde las primeras horas de la tarde el sindicado empezó a libar bebidas embriagantes con la hetaira Marciolina Rodríguez con quien entrada la noche tuvo algún disgusto, propinándole una bofetada, razón por la cual intervino el soldado Mosquera, trabándose en discusión; pero ignora el desenlace final, como que tuvo que salir a la calle.

"Por su parte, la citada Marciolina Rodríguez, compañera de turno aquella noche del sindicado, narra que después de haber tomado varias cervezas, Castro le pegó en la cara so pretexto de que tenía relaciones con otros hombres, momento en que el supradicho soldado le increpó su actuación a Castro, siendo poco después herido por éste en la mano. No se enteró la declarante en qué momento hiriera Castro a Arce.

"Pero María Lupe Caicedo, colegiala del mismo establecimiento de lenocinio, sí vio cuando Castro, luego de herir en la mano al soldado 'se regó con el cuchillo y hirió (sic) a uno de los compañeros del soldado probablemente en el estómago', ya que éste inmediatamente se llevó la mano al abdomen y porque poco después le brotó sangre.

"Sobre el particular Alfredo Banguero Cucalón, luego de narrar el incidente con la mujer de vida licenciosa Marciolina Rodríguez y el sindicado, dice que éste hirió al soldado en la mano y 'se le fue encima en forma veloz contra Gilberto Arce y lo hirió con el cuchillo en la barriga...' Por su parte, José Isaacs Gómez, administrador de la casa de citas escenario de la tragedia, expresa haber visto cuando Castro 'le tiró al soldado y a otro', pero añade que no vio con qué arma".

LA DEMANDA DE CASACION

Como causales de infirmación del fallo acusado, el demandante, después de hacer un resumen de los hechos que originaron el proceso y de referirse a algunas actuaciones procesales, invoca las señaladas en los numerales primero, segundo y cuarto del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera. Está planteada en los siguientes textuales términos:

"Por indebida aplicación de la ley penal al condenar a Alirio Castro Prieto como responsable del delito de homicidio en la persona de Gil-

berto Herrera Arce, cuando el cuerpo del delito no está legalmente comprobado a cabalidad, ya que: a) No está establecida legalmente la identidad de quien los testigos dicen fue herido en la reyerta del 4 de octubre a manos de Alirio Castro, cuyos testimonios están analizados en la sentencia acusada, María Lupe Caicedo y Marciolina Rodríguez, con la persona a quien se refiere el acta del levantamiento del cadáver (Gilberto Herrera Arce), de ésta y la herida con la persona a que se refiere la diligencia de autopsia (Gilberto Arce Herrera), ni la del dicho herido o atacado por Alirio Castro con la persona a cuyo cadáver se le dio sepultura el 7 de octubre, según certificado expedido por el señor Cura Párroco de la catedral de Palmira.

"Al no estar legalmente comprobado el cuerpo del delito, por no estar demostrada la identidad de la persona atacada a cuchillo por Alirio Castro Prieto con la persona muerta, considero violadas las siguientes disposiciones legales:

"Artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia acusada, así como la de primera instancia no reúnen los requisitos o no observan las reglas en él establecidas. Artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, porque no existe plena prueba de que la infracción se cometió, porque no está comprobado legalmente el cuerpo del delito a cabalidad".

Para fundamentar el planteamiento anterior, el actor repite, en esencia, lo que acaba de transcribirse, y concluye expresando que "Procesalmente, y de acuerdo con el valor jurídico de las pruebas existentes puede afirmarse que Gilberto Herrera no ha muerto".

Causal segunda. La propone así el impugnador:

"Por error de hecho en la apreciación de los hechos constitutivos del delito, en cuanto a los factores eximentes de la responsabilidad de Alirio Castro Prieto, a quien como consecuencia de dicho error se le condena como autor del delito de homicidio voluntario, con fundamento en los testimonios de María Lupe Caicedo y Marciolina Rodríguez, cuando en el peor de los casos ha debido condenársele como autor del homicidio en circunstancias de riña imprevista, con lo cual se violaron las siguientes disposiciones: (sic) Artículo 384 del Código Penal, que establece que cuando el homicidio se comete en riña imprevista, las respectivas sanciones se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

Y con el propósito de sustentarla, en aparte posterior agrega el demandante:

"El fallador toma como fundamento de la responsabilidad, localizada en Alirio Castro Prieto, los testimonios de María Lupe Caicedo, Marciolina Rodríguez, deben tomarse (sic), así como los demás, en su integridad y no parcialmente. Si las declaraciones señalan como autor del homicidio a Alirio Castro Prieto, deben aceptarse también como ciertos en cuanto a las circunstancias eximentes. Tales testimonios afirman que el primero en atacar fue el soldado Mosquera, primero a los puños y luego con la fornitura, antes de que Castro esgrimiera o usara el cuchillo. Los mutuos ataques estructuran la riña, que no la provocó Castro Prieto".

Causal Cuarta. La aduce el actor en los términos que a continuación se transcriben:

"Por ser la sentencia acusada violatoria de la ley procedimental al pronunciarse en un juicio viciado de nulidad, en razón de que incurrió en error de hecho relativo al nombre o apellido de la persona víctima del homicidio, con lo cual se violó el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, pues confirmó la condenación de Alirio Castro Prieto como responsable del delito de homicidio voluntario en la persona de Gilberto Herrera Arce, siendo que el Juez Primero Superior lo había condenado como autor del homicidio de Gilberto Arce, a quien se refiere el certificado de sepultura expedido por el Párroco de la Catedral de Palmira, al cual se le da el valor de partida de defunción". Y añade al respecto:

"Si la prueba de la consumación de la muerte de la víctima del homicidio es el certificado expedido por el señor Cura Párroco de la catedral de Palmira, al que se da el valor de partida de defunción, el fallador de 2ª instancia incurrió en error al declarar víctima del mismo homicidio a Gilberto Herrera Arce, por cuanto el certificado se refiere a Gilberto Arce.

"Si como prueba de la consumación de la muerte de la víctima del homicidio que se juzga y condena es la diligencia de levantamiento del cadáver, el honorable Tribunal no podía confirmar la sentencia de primera instancia, porque en ella se tuvo como víctima a Gilberto Arce".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Señala el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en primer término, el error de técnica en que incurre el impugnante al proponer las causales de casación, ya que inicialmente aduce la prevista en el ordinal primero del artículo

567 del Código de Procedimiento Penal, invocando en seguida las contempladas en los ordinales 2º y 4º de la disposición citada, en su orden. A continuación anota el señor Agente del Ministerio Público cómo el actor deja de formular peticiones concretas, derivadas, en lógica secuencia, de las causales aducidas. Finalmente refuta con acierto los motivos de impugnación en que se apoya el libelo, para concluír que éstos quedaron huérfanos de toda demostración y que, en consecuencia, la Sala debe desechar el recurso interpuesto.

SE CONSIDERA:

La Sala procederá a examinar las referidas causales de casación en el orden lógico en que, conforme a la técnica propia de este recurso extraordinario, debieron ser invocadas y sustentadas por el recurrente, a saber:

1) *Causal Cuarta.* Sabido es que el fin de la ley es la suprema guía para interpretarla. Así, cuando el legislador instituyó en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal la causal de nulidad consistente en haberse incurrido en error relativo al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, lo que fundamentalmente quiso evitar, en el primer supuesto, es que por falta de una plena identificación del culpable, cargue un inocente con el delito cometido; y, en el segundo, que (caso del homicidio, por ejemplo) aparezca como muerto quien en verdad está vivo.

Por ello ha dicho la Corte que "para que pueda declararse nulidad por haberse incurrido en error relativo a la persona del ofendido, es indispensable que no pueda obtenerse su identidad física, porque como se dijo del sindicado, 'el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales'. Lo que es absolutamente necesario es que se conozca a la víctima con toda certidumbre para que se establezca la relación de causalidad entre el hecho y su autor y pueda determinarse cuál es el delito y la responsabilidad del sindicado".

Razón tiene por tanto el señor Procurador cuando al referirse en su vista de fondo a este motivo de impugnación expresa que en el presente caso "no media la menor duda en el sentido de que la persona que, según los autos, figura como muerta violentamente, pueda estar en realidad viva. Muerta fue por el procesado Castro Prieto, y, por lo mismo, es absolutamente indiferente que su verdadero apellido sea Herrera y no Arce, desde luego que dicha discrepancia formal, que no de fondo, 'en manera alguna desintegra —según el decir de la honorable Corte— la ecuación identificativa sobre la cual se basa la acción incriminadora del proceso penal' (Casación de 17 de febrero de 1947, de Inés Rodríguez Quiroga, G. J., Tomo LXIII, Nos. 2053-54)".

No prospera, en consecuencia, la causal cuarta.

2) *Causal Segunda.* Cabe observar —y lo anota la Procuraduría—, que el actor, al alegar esta causal, confunde una circunstancia eximente de la responsabilidad con un atenuante de la misma, como es la riña imprevista.

Ahora bien: Ya tal circunstancia fue planteada y debatida en las instancias, habiendo sido rechazada por el Tribunal con estas razones:

"La cólera que ya antes le había llevado a golpear a su amante, condujo a Castro Prieto, agudizada al extremo, picado en su amor propio por Mosquera al pedirle éste razón de por qué le pegaba o se aprovechaba de las mujeres, tras cambio de palabras y al parecer de puños, a acometerlo a cuchillo y luego a herir a Gilberto Herrera Arce, sin que éste hubiera dado el más mínimo motivo para ello, como para que no quedara duda de su siniestra hombría, en una reacción que emparenta más bien con el impulso de brutal ferocidad, porque si bien dentro de una interpretación benévola del caso y en relación con Josué Mosquera, pudiera pensarse en la existencia de alguna circunstancia modificadora de la responsabilidad del inculpado (su defensor alega la riña imprevista), no ocurre lo propio en relación con el occiso respecto del cual el hecho se presenta desnudo de toda posible atenuación.

"Además en cuanto a Josué Mosquera, lo dicho está indicando cómo en favor del procesado no podría invocarse como lo hizo su defensor, ni aquella circunstancia, ni menos la eximente de la legítima defensa. Ni tampoco la del estado de ira causado por grave e injusta provocación, comoquiera que aceptando que el soldado al terciar en el lance de los concubinos hubiera dado lugar a la riña subsiguiente que dadas sus características no fue imprevista para el inculpado según lo expresado antes, su actitud imprudente y al parecer retadora, no podría considerarse jurídicamente como grave e injusta provocación, y ya se sabe que el simple calor de la ira no es disminuente de la responsabilidad".

En numerosas oportunidades ha expresado esta Sala que sólo en aquellos casos en que el demandante, con apoyo en la causal segunda de casación, demuestra que en el fallo acusado se incurrió en el manifiesto u ostensible error de

dar por establecido un hecho que no sucedió, o de negar el que sí acaeció, o de no estimar otro u otros que se hayan plenamente acreditado en el proceso, o de no valorar los elementos de juicio conforme a la ley, puede la Corte invalidar la sentencia objeto del recurso y proferir la que deba reemplazarla.

En el caso sub-judice la Sala comparte la opinión del Procurador, en el sentido de que no se advierte en el fallo acusado que el sentenciador de segundo grado haya incurrido en protuberante equivocación al apreciar el acervo probatorio del proceso, juicio de valor del cual concluyó, razonablemente, que se encuentran demostrados a plenitud tanto el aspecto objetivo del delito como la responsabilidad penal del procesado. La causal no ha sido demostrada y, en consecuencia, no puede prosperar.

3) *Causal primera.* Se recordará aquí que el recurrente, para sostener al amparo de esta causal que la sentencia impugnada es violatoria de la ley penal sustantiva, afirma que el certificado de defunción de origen eclesiástico se refiere a Gilberto Arce, nombre y apellido al cual también alude el fallo de primer grado, mientras que el de segunda instancia habla de Gilberto Herrera Arce, de todo lo cual deduce el actor que no se halla plenamente acreditado el cuerpo del delito de homicidio que se atribuye al procesado.

El cargo ha sido refutado de manera apodíctica por la Procuraduría:

"Por una vez más se ve obligado este Despacho a afirmar que la discrepancia de carácter formal que es notable en cuanto al apellido de la víctima de autos o a los apellidos de la misma, ninguna trascendencia alcanza a tener, por estar plenamente acreditada la identidad física del sujeto pasivo del homicidio cometido por Alirio Castro Prieto. Y no existiendo equivocación sustancial al respecto sino una irregularidad de carácter meramente adjetivo, que como tal no puede servir para entorpecer la administración de justicia en este proceso, resulta también improcedente la causal primera de casación, por lo cual debe ser desechada, al igual que la cuarta y segunda".

Por lo demás, si lo que el actor pretendía era controvertir la prueba con respecto a la identidad física de la víctima, lo cual presupone una errada interpretación o apreciación de los hechos, el cargo debió alegarse y sustentarse a través de la causal segunda de casación, y no con fundamento en la primera, en donde, como se ha visto, tampoco se demostró.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *no invalida* la sentencia acusada del Tribunal Superior de Cali.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ABUSO DE AUTORIDAD

Sobreseimiento definitivo proferido por la Corte, en sentencia de única instancia, a favor de ex-Intendente Nacional de San Andrés y Providencia. Los hechos que configuran el abuso de autoridad, en el caso de autos, no conforman una conducta antijurídica penalmente reprimible por la concurrencia de los atípicos factores examinados.

Las anormales condiciones en que se desenvuelven las relaciones entre la autoridad y los asociados en la Isla de San Andrés; su desvinculación con el orden jurídico nacional, y la misma circunstancia de ser sus pobladores en gran número de origen extranjero, son todos hechos que permiten aceptar como buena la cualificación del procesado para sincerar su conducta y entender que actos objetivamente arbitrarios y no ceñidos en su procedimiento a los preceptos legales, eran dictados por una necesidad de defensa de los intereses y seguridad de la propia isla. En este aspecto quizás no es posible al fallador encontrar en las imputaciones el elemento injusticia, **dada la finalidad de esos procederes o es preciso reconocer un error de derecho cometido por el funcionario, de buena fe, lo que a la postre, como atinadamente lo sostiene el señor defensor, conforma un error de hecho.**

En las expresadas condiciones la integración del delito de abuso de autoridad no es susceptible de lograrse. Los hechos que aparentemente lo constituían dejan de conformar una conducta antijurídica penalmente reprimible por la concurrencia de los atípicos factores ya examinados, lo que conduce en derecho a desatar el proceso con un fallo absolutorio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Dispuso la Sala en providencia del 15 de noviembre de 1960 (fls. 352 y 353 del C. Nº 4) en armonía con el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal acumular dos juicios pendientes, ambos por delito de abuso de autoridad, contra el Capitán de Corbeta Max Rodríguez Pardo, ex-Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, y en los cuales fueron dictados los correspondientes autos de proceder el 29 de mayo de 1959 y el 15 de marzo del año próximo pasado.

Concluído el trámite de rigor procede ahora la Corte a dictar sentencia definitiva de única instancia.

ANTECEDENTES

1º Ocupó el acusado, por designación del Gobierno Nacional, el cargo antes referido desde el 16 de septiembre de 1953 hasta el 15 de junio de 1957, según documentación que obra de folios 83 a 85 del cuaderno número 4 del expediente.

2º En ejercicio de sus funciones dictó la Resolución 062 de 17 de noviembre de 1955, mediante la cual impuso al señor Joab Escalona una multa de cien pesos ($ 100.00) por haber hecho uso indebido de un planchón de propiedad oficial para desembarcar unos automóviles, y sancionó, además, con multas de veinticinco pesos ($ 25.00) "a los dueños de los vehículos". Para asegurar la efectividad de esas penas pecuniarias ordenó en la misma resolución que los automóviles desembarcados permanecieran a cargo de la Aduana, bajo la custodia de la Dirección y Circulación y Tránsito.

3º El procedimiento adoptado por la Intendencia no permitiendo recurso alguno contra su proveído y la negativa a expedir copias para recurrir los interesados ante la jurisdicción contencioso administrativa, dieron lugar a la investigación criminal por el cargo de abuso de autoridad, el que, en efecto, le fue deducido por la Corte en la primera providencia de calificación a que se hizo mérito.

4º El otro cargo formulado al Capitán de Corbeta Rodrígüez Pardo, aparece debidamente historiado en el auto de proceder de 15 de marzo de 1960 en estos términos:

"2º Establecido que con fecha 4 de abril de 1957 el Alcalde de San Andrés expidió la Resolución número 28, mediante la cual prohibió 'la extracción de arena del sector Sound Bay hasta 100 metros más allá del cementerio; y de los puntos permitidos, la extracción únicamente se podrá efectuar de las 7.00 a las 17.00', y dispuso sancionar toda violación a lo anterior 'con multa de cien a mil pesos convertibles en arresto a razón de dos pesos por cada día de cárcel'.

"3º También, que por Resolución número 33 de 22 de abril de 1957, emanada del mismo Despacho y en desarrollo de la precedente, impuso 'al chofer Ashten Hooker una multa de quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal convertible en arresto según la misma disposición.

"4º Por Resolución número 35 de 25 de abril del año nombrado, la misma Alcaldía optó por reformar la distinguida con el número 33, a efecto de imponer 'una multa de cuatrocientos noventa y seis pesos ($ 496.00) a los socios Gallardo e Hijos, por haber violado con su camión, el artículo primero (1º) de la Resolución Número 28 de 4 de abril de este año; esto porque Hooker ya ha pagado en arresto, dos días, de acuerdo con la resolución reformada'.

"5º Contra este proveído interpuso recurso de *apelación* el señor Julio E. Gallardo, al ser notificado, recurso que le fue resuelto en providencia del siguiente día, en estos términos:

" 'Los asuntos que den margen al procedimiento verbal, son de competencia de las autoridades de policía, pero las resoluciones que se dicten sólo admiten el recurso de revisión. Más se pone de manifiesto que sí pongo de presente que se puede reclamar de una resolución dentro de las setenta y dos horas después de notificada, pero tampoco la providencia que decida la reclamación es apelable. La revisión de que se habla arriba es únicamente con el fin de enmendar los agravios si los ha habido, y así uniformar el criterio en estos casos. Todo esto, desde luego, es de conformidad con el artículo 37 de la Ordenanza número 94 de 1946, vigente hasta la fecha, es decir, el único camino a seguir en el caso que se resuelve, es el indicado en la citada disposición. Por tanto, dígase al apelante que con base en lo antes considerado, esta Alcaldía le niega el recurso interpuesto, toda vez que no es lo mismo revisar que apelar...'

"6º Por su parte, la Intendencia Nacional de San Andrés y Providencia, en 29 de abril de 1957, dictó la resolución que aparece a folios 27 y 28 del cuaderno número 3, en la que, luego de explicar que ha llegado a su conocimiento la Resolución número 33 'relacionada con una multa impuesta al señor Julio E. Gallardo, por la suma de $ 496.00', de la cual apeló el interesado, y tras advertir que la providencia 'vino a mi despacho para su apelación, no solamente se niega, sino que se reforma la dicha providencia del inferior por las siguientes razones...', termina por modificarla 'en el sentido de que la multa impuesta no es la de cuatrocientos noventa y seis pesos ($ 496.00) sino la máxima impuesta por la misma resolución que es la suma de $ 1.000.00 (mil pesos) moneda corriente a los socios Gallardo e Hijos...'

"7º El procesado, al explicar su conducta en declaración indagatoria (Fls. 106 y ss. Cuad. 1º) considera que obró legalmente y que procedió para defensa de los habitantes de la Isla ante el peligro que constituye 'descuajar las playas de arena'. Agrega, además, que consultó su providencia con el entonces Ministro de Gobierno, doctor Lucio Pabón Núñez y con el abogado de ese despacho, 'quienes me manifestaron, no sólo que era correcta y legal, sino que debía ser muy estricto, evitando que se acabara con las playas y con la defensa natural de la Isla que son las playas'.".

5º Durante el término probatorio concedido para cada causa en particular se practicaron las solicitadas por la defensa, tendientes a establecer, de una parte, que era y es de imperiosa necesidad prohibir en algunos sectores de playa de la Isla de San Andrés la extracción de arena, en defensa del territorio y para seguridad de las habitaciones, prohibición que exige medidas drásticas dada la índole de los pobladores que difícilmente reconocen el régimen legal colombiano, y de otra, que en los sumarios adelantados contra él, quien tuvo a su cargo las investigaciones, obró arbitrariamente impidiendo a los testigos exponer con libertad los hechos y coartándolos en toda forma en orden a obtener que sus deposiciones fueran desfavorables al sindicado.

6º En la audiencia pública, acto procesal celebrado en los días 27 y 29 de septiembre último, el Capitán de Corbeta Max Rodríguez Pardo dio una amplia y sincera explicación sobre los hechos materia de cargo y expresó los motivos que tuvo para proferir las resoluciones que determinaron los procesos penales contra él. Por su parte el señor defensor, a más de la alegación oral en favor de su representado, concretó por escrito sus puntos de vista en cuanto a la inexistencia de las infracciones y ausencia completa de responsabilidad en los casos debatidos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1ª Para justificar el acusado las medidas adoptadas en su calidad de Intendente de San Andrés y Providencia, expresó en el acto de la audiencia que desde su posesión del cargo tuvo que empezar con la difícil tarea de hacer comprender a los isleños que hacían parte de la nación colombiana, y hacer que, poco a poco, reconocieran su subordinación al régimen jurídico del país, pues de hecho se sentían desvinculados de éste. Anota de modo convincente y con amplias explicaciones que la drasticidad de sus resoluciones, lo mismo en el caso de la extracción de arena que en el del uso indebido del planchón, obedeció, precisamente, a la rebeldía de los sancionados y a la necesidad de mantener un principio de autoridad, del cual no hacían caso los habitantes.

2ª Las pruebas aportadas en la etapa del plenario, como atrás se expresó, desvirtuaron en mucho el peso de las incriminaciones al ex-Intendente porque se demostró la parcialidad del funcionario de instrucción, cuyo cometido llenó con grave quebranto de las normas procesales, restando mérito a sus investigaciones.

3ª Las anormales condiciones en que se desenvuelven las relaciones entre la autoridad y los asociados en la isla de San Andrés; su desvinculación con el orden jurídico nacional, y la misma circunstancia de ser sus pobladores en gran número de origen extranjero, son todos hechos que permiten aceptar como buena la cualificación del procesado para sincerar su conducta y entender que actos objetivamente arbitrarios y no ceñidos en su procedimiento a los preceptos legales, eran dictados por una necesidad de defensa de los intereses y seguridad de la propia isla. En este aspecto quizás no es posible al fallador encontrar en las imputaciones el elemento *injusticia*, dada la finalidad de esos procederes, o es preciso reconocer un error de derecho cometido por el funcionario, de buena fe, lo que a la postre, como atinadamente lo sostiene el señor defensor, comporta un error de hecho.

4ª En las expresadas condiciones la integración del delito de abuso de autoridad no es susceptible de lograrse. Los hechos que aparentemente lo constituían dejan de conformar una conducta antijurídica penalmente reprimible por la concurrencia de los atípicos factores ya examinados, lo que conduce en derecho a desatar el proceso con un fallo absolutorio.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *absuelve* al Capitán de Corbeta Max Rodríguez Pardo, ex-Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, por los cargos de abuso de autoridad que le fueron formulados en estos juicios.

Cópiese, notifíquese y archívese. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES

Intoxicación crónica producida por el alcohol. Estado de ira o de intenso dolor en el agente, causado por grave e injusta provocación. Riña imprevista. Preterintencionalidad.

1. Dice el artículo 29 del Código Penal que "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 cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro".

En sentencia de 28 de febrero de 1942 (G. J., t. LII, p. 476), dijo esta Sala, reiterando lo que en varias oportunidades anteriores había señalado, que "los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado".

En el informativo consta que el procesado se encontraba en estado de embriaguez. Pero de ello no se desprende que padeciera una intoxicación crónica producida por el alcohol.

No obra en el proceso examen psiquiátrico alguno, ni antecedente de ninguna naturaleza, que permitan dar pie para afirmar ese supuesto estado de intoxicación crónica en el sindicado. Mal podía, entonces, tomar en cuenta el ad quem la previsión contenida en el artículo 29 del Código Penal, pues no hay prueba alguna que tal cosa acredite.

2. El artículo 28 del Código Penal dispone que "cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción".

La circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal se fundamenta en una situación de vindicta cumplida dentro de un estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

Es indudable que el estado de ira puede presentarse aún en aquellos casos en que la reacción no es simultánea con el hecho injusto provocador. Ese estado patológico puede ser interrumpido por un lapso de depresión (intenso dolor) del agente, para revivir posteriormente. La inmediatabilidad entre la provocación y la agresión no es indispensable. Se requiere, eso sí, que el culpable actúe en estado de ira.

3. Dispone el artículo 365 del Código Penal que quien "con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

La manera como se desarrollaron los hechos, el arma empleada por el sindicado y la región vulnerada en la víctima (cavidad abdominal y base del miocardio), excluyen en aquel, en lo referente al delito de homicidio, que obrara con la única intención de lesionar, siendo, en cambio, claro el propósito de dar muerte a su contendor.

El resultado de la conducta del procesado al ocasionar la muerte de su víctima, revela su propósito: el de matar. El maestro Francisco Carrara, en su obra "Teoria de la Tentativa y de la Complicidad" (Edit. "Góngora", Madrid, 1926, p. 72), dice que "cuando el hecho se realizó (el hombre muerto, la casa robada), él mismo revela ya la intención del agente. Aparte demostración contraria del acusado, la presunción jurídica nos lleva a consignar que quiso hacer lo que hizo, pues las presunciones jurídicas se derivan del curso ordinario de las cosas y es más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar, que lo contrario de aquello a que aspiraba".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 24 de noviembre de 1960, por la cual le fue impuesta a Jesús Elías Serrato la pena de diez años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos, el primero, en la persona de Reyes Méndez, y el segundo, en las de Jeremías Benavides, Manuel Manchola y Aureliano Hernández.

HECHOS:

Los resume, así, el señor Fiscal del Juzgado 6º Superior de Ibagué:

"De autos aparece que el día 15 de noviembre de 1959, en la fonda denominada 'La Parada', en la vereda de 'Santa Rita', jurisdicción del municipio de Venadillo (Tolima), se congregaron algunas personas a jugar tejo y a ingerir bebidas embriagantes, entre otras, el sindicado Jesús Elías Serrato, Reyes Méndez y Jeremías Benavides. Que Serrato, en estado de embriaguez le sacó la peinilla a Benavides y lo hirió; luego arremetió contra Manuel Manchola, hiriéndolo en la oreja, y después contra Aureliano Manchola o Hernández, a quien le pegó un planazo. Que luego se encontró en la misma cancha de tejo con Reyes Méndez Quijano, a quien le agredió en el honor de la madre y, armado de un cuchillo, según así lo afirman los testigos presenciales, de una vez le mandó Jesús Serrato un planazo. Reyes Méndez sacó la peinilla (machete) de él y le tiró también y le hizo caer el machete a Serrato; Reyes recogió el machete y se fue luego para la tienda donde se iba a encerrar, cuando Jesús Serrato llegó y le empujó la puerta y se entró y se agarró con Reyes Méndez ahí en la tienda. Que luego Jesús Serrato salió por la misma puerta en especie de huída. Que luego entró al lugar de los hechos el cantinero Alberto Lozano, encontrando a Reyes Méndez herido. Que Reyes Méndez salió del zaguán siguiendo a Serrato, ya herido como estaba, pero cayó después de seguir a su contendor cuatro o cinco metros adelante, muriendo un cuarto de hora más tarde".

El Señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, quien también acoge la anterior síntesis de lo ocurrido, expresa que "debe destacarse la siguiente observación hecha por el mismo señor Fiscal: 'Por su parte, el sindicado Jesús Elías Serrato en su indagatoria de los folios 20 y 30 dice que no recuerda de nada en relación con los hechos, por encontrarse en avanzado estado de embriaguez'.

"Ciertamente que la embriaguez padecida por el procesado...", observa el Ministerio Público colaborador de la Corte..., "la cual dio origen a la tremenda e incontrolable agresividad que demostró, es circunstancia a la que aluden los declarantes Camilo Beltrán (f. 10 v.), y Beatriz Camargo de Castro (f. 69 y en la inspección ocular),para no citar más, por ser dichas personas los testigos más imparciales del proceso, aunque también obran las declaraciones que se citan y comentan en el fallo del honorable Tribunal, especialmente las de Rodulfo Quiroga, Rafael Sánchez, Claudio Benavides Méndez, y el hermano del sindicado, Ricardo Serrato".

DEMANDA DE CASACION

Con invocación de la causal segunda prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el demandante impugna la sentencia recurrida por error en la apreciación de las pruebas, lo cual llevó al *ad quem* a dejar de aplicar las previsiones contenidas en los artículos 29, 384 y 28 del Código Penal.

Presenta los cargos en dos capítulos, así:

a) Afirma que se dejaron de apreciar "en toda su plenitud..." las declaraciones de Beatriz Camargo de Castro, Claudio Benavides, Nicanor Benavides y Rafael Sánchez, testimonios de los cuales se desprende que el procesado fue ofendido con "las más soeces" expresiones y que los hechos se desarrollaron en una "contienda colectiva".

Observa que "hay otros testigos, como don Camilo María Beltrán y Alberto Lozano, que sostienen una versión un tanto diferente... y quienes colocan a Serrato como el provocador y a Reyes Méndez como el provocado. Pero lo cierto fue que Serrato fue el ofendido inicialmente; y como estaba bajo los efectos de la gran cantidad de alcohol que había ingerido, reaccionó ante tales ofensas verbales que recibió de alguna per-

sona que dijo: 'hasta godo será este hijo de puta', lo que motivó el primer incidente.

"Como dije...", agrega..., "de la declaración de Beatriz Camargo de Castro se deduce plenamente la veracidad del hecho generador y esta deposición... por ser espontánea, clara, precisa y no contradicha, nos llevaría lógicamente, a un buen entendedor, a concluír en la sentencia (sic) de que habla el artículo 384 del Código de las Penas. Pero si esta figura, que se encuentra demostrada, no fuere suficiente, también las modalidades del artículo 29 encajan perfectamente dentro de este raciocinio, ya que las numerosas declaraciones confirman el estado de intoxicación alcohólica en que se encontraba Jesús Elías Serrato... Está demostrado...", dice más adelante..., "que Jesús Elías Serrato, en el momento de cometer su acción antijurídica, se encontraba desposeído de la plenitud de sus facultades mentales, ya por el reato (sic) de la ofensa-defensa, convulsionado su estado psíquico, en estado comatoso, lo cual produce una anomalía mental transitoria. Es decir, la embriaguez semi-plena del sindicado lo condujo a esta situación".

Concluye el planteamiento de este primer cargo expresando que "si el honorable Tribunal de Ibagué hubiera analizado estas pruebas en la forma anotada, y de acuerdo con la crítica testimonial, hubiera llegado a la verdadera conclusión de un homicidio no voluntario, sino ultraintencional o preterintencional, que es el entendimiento justo que corresponde a la valoración del hecho antijurídico que se juzga", esto es, que ha debido aplicarse la previsión contenida en el artículo 365 del Código Penal.

---

b) Como segundo cargo que hace al fallo recurrido, anota al demandante que Jesús Elías Serrato obró en estado de ira, provocada por las ofensas verbales de Reyes Méndez y por la expresión "de alguno de los contertulios que dijo: 'hasta godo será este hijo de puta'... Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el valor de los testimonios, lógicamente hubiera tenido que modificar la situación jurídica de Jesús Elías Serrato, encajando su acción antijurídica dentro de las modalidades determinadas por el artículo 28 del Código Penal... Efectivamente, Claudio Benavides, Nicanor Benavides, Rafael Sánchez... ponen a Reyes Méndez como provocador y a Serrato como el provocado. Lo cierto fue que Serrato fue el ofendido inicialmente, y como se encontraba en avanzado estado de embriaguez, reaccionó primero ante dichas ofensas verbales que recibió.

"Alguna persona dijo...", repite..., "que 'hasta godo será este hijo de puta' ... por lo que se produjo el primer incidente con Benavides y posteriormente... saliendo hacia el patio, recibió la otra ofensa en el honor de su madre, de parte de Méndez, trabándose en lucha a machete. Ofensa de carácter intensivo para un hombre embriagado y todavía más dolorosa que a un hombre en estado normal. La provocación de que fue víctima Serrato, por parte de Reyes Méndez, lo llevó al extremo enunciado de obrar ante esta ofensa en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, como atrás se dejó ya descrito.

"Tal, pues, parece que el honorable Tribunal falló desechando las circunstancias modificadoras, anotadas al dejar de apreciar algunas pruebas, que de haberlas acogido en su sentido formal y de sabia y buena interpretación, lo conducirían (sic) ineludiblemente a la aplicación del artículo 28 del Código Penal.

"De tal manera...", concluye..., "que la sentencia impugnada incurrió en el error previsto en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea que existe y está completamente demostrada la causal segunda de casación".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que el demandante no ha demostrado los cargos hechos a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, objeto del recurso, y que, por tanto, no corresponde casar dicho fallo.

"A la verdad...", anota el Ministerio Público..., "después de conocidos los criterios del Tribunal sentenciador y del abogado recurrente, los cuales, como es elementalmente obvio, se oponen entre sí, la Procuraduría considera que para concluír, como en efecto concluye, que el fallo acusado no tiene por qué ser invalidado, no es indispensable hacer en el presente caso 'un examen exhaustivo de la prueba que comporta el proceso'. Porque el conflicto o controversia que plantea la demanda, al valorar de distinto modo, a como lo hizo el *ad quem*, la prueba allegada al expediente, no pone de manifiesto, en la forma ostensible y protuberante de que habla la reciente jurisprudencia nacional, la existencia de un error de apreciación probatoria que, como tal, pudiera justificar el desconocimien-

to de la facultad discrecional que la ley otorga a los jueces para valorar los elementos de juicio y concluír —según las mismas enseñanzas de la honorable Corte— dándole más fuerza o reconociéndole mayor efecto probatorio a unos elementos que a otros.

"Esa ausencia de un error manifiesto de apreciación de la prueba, releva al Ministerio Público de adelantar una tarea consistente en 'desentrañar con el mayor cuidado y laborioso empeño, el contenido probatorio' que es propio de los elementos de convicción allegados a los autos.

"Por consiguiente, sigue en pie el principio que soberanamente preside la casación, y conforme al cual, el fallo dictado y recurrido, se presume jurídico. Por lo mismo, no hay razón que justifique interpretar judicialmente el acervo probatorio que compone este proceso, de distinta manera a como bien y ponderadamente lo hizo el fallador de segunda instancia. En consecuencia, la causal segunda a que acude el actor en favor de su patrocinado, no puede prosperar".

Observa asimismo el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"Al responder a lo argüído por el señor recurrente, la Procuraduría afirma ante la honorable Corte que en la demanda no se hace cosa distinta de plantear nuevamente, con ocasión de este recurso de casación, dos temas que fueron materia de decisión en las instancias, por estar sometidos exclusivamente a la jurisdicción del fallador, con motivo de la presentación del importante alegato que el señor defensor del procesado dirigió al honorable Tribunal y el cual figura al folio 148 y siguientes, como que el propio actor reconoce tal cosa, al manifestar con respecto al citado escrito que 'lo da por reproducido' en su demanda.

"Siendo ello así, se infiere, entonces, que nada novedoso contiene la demanda de que se viene hablando, pues lo único que se patentiza es que el recurrente pretende convertir a esa superioridad en un simple tribunal de instancia, lo cual, como es obvio, resulta inaceptable".

Cita, luego, la siguiente doctrina de esta Sala, dejada en Casación de Ernesto Tavera Rosales (providencia de 10 de febrero de 1961), por violencia carnal:

'Por manera, pues, que debe reafirmar la Corte la doctrina de que en estos procesos en que se hace indispensable el estudio de la causal segunda de casación, que son al mismo tiempo juicios de puro derecho, la invalidación de la sentencia acusada sólo es posible cuando se demuestre que el fallador de instancia incurrió en un abierto y ostensible error en la apreciación de la prueba. Porque si el Tribunal ha realizado un juicioso análisis de la misma, no sería procedente que en la revisión que conlleva el recurso de casación se desconociera la facultad discrecional que la ley otorga a los jueces para que de conformidad con los principios que informan la teoría general de la prueba, sobre la que está estructurada la legislación vigente en relación con la prueba criminal, valoren los elementos de juicio y concluyan dando preferentemente más fuerza a unos que a otros, facultad que no es posible desconocer a los falladores sin riesgo de desvertebrar el principio en que se fundamenta la libre apreciación, atemperada por la tarifa legal, siempre que dentro de esta se encuentren bases para hacer viable el criterio de la verdad legal-moral en que aquélla se 'sustenta'.

LA SALA CONSIDERA:

La demanda de casación ofrece algunas deficiencias, pero en lo esencial puntualizó los hechos que, según él, fueron apreciados erróneamente por el *ad quem*, señalando, asimismo, el alcance que en su concepto correspondía darles.

Expresa el impugnante, en efecto, que en las instancias se dejó de apreciar "en toda su plenitud" la declaración de la señora Beatriz Camargo de Castro y no se tomaron en cuenta los testimonios de Claudio Benavides, Nicanor Benavides y Rafael Sánchez, pruebas en las cuales considera que tienen apoyo las previsiones contenidas en los artículos 28, 29, 384 y 365 del Código Penal, no tomados en cuenta en el fallo recurrido.

Pues bien:

¿Obran en el proceso elementos de convicción que el *ad quem* dejó de estimar, o le dio a las pruebas un alcance que no tienen, por lo cual no aplicó los preceptos señalados en los artículos antes citados?

Se tiene, con este respecto, lo siguiente:

a) *Intoxicación crónica producida por el alcohol.*

Dice el artículo 29 del Código Penal que "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 cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las san-

ciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro".

En sentencia de 28 de febrero de 1942 (G. J., t. LII, p. 476), dijo esta Sala, reiterando lo que en varias oportunidades anteriores había señalado, que "los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado".

En el informativo consta que Jesús Elías Serrato se encontraba en estado de embriaguez. Pero de ello no se desprende que padeciera una intoxicación crónica producida por el alcohol.

No obra en el proceso examen psiquiátrico alguno, ni antecedente de ninguna naturaleza, que permitan dar pie para afirmar ese supuesto estado de intoxicación crónica en el sindicado. Mal podía, entonces, tomar en cuenta el *ad quem* la previsión contenida en el artículo 29 del Código Penal, pues no hay prueba alguna que tal cosa acredite.

Este cargo, pues, no aparece demostrado por el impugnante.

b) *Estado de ira o de intenso dolor en el agente, causado por grave e injusta provocación.*

El artículo 28 del Código Penal dispone que "cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción".

Dice el demandante que el procesado fue víctima "de numerosas ofensas de parte de Reyes Méndez" y la de "alguno de los contertulios, quien dijo: 'hasta godo será este hijo de puta', lo cual...", agrega..., "dio exteriorización a su justa ira y a su dolor".

Afirma asimismo que esas ofensas aparecen acreditadas con los testimonios de Claudio Benavides, Nicanor Benavides, Rafael Sánchez y Beatriz Camargo de Castro.

Pues bien:

La pertinencia de la atenuante señalada en el artículo 28 del Código Penal ya había sido propuesta por el defensor de Serrato en las instancias, como lo anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, lo cual fue rechazado por el *ad quem* mediante las siguientes consideraciones:

"... ya se vio que fue Serrato quien se acercó a Méndez inmediatamente después de haber herido a tres de las personas que se encontraban con él. Y aceptado en gracia de discusión, como tesis más favorable al reo, que al acercarse Serrato a la cancha de tejo, Reyes lo insultara primero, cosa no verosímil, dado el estado de agresividad del otro, está comprobado que el primer lance y estando ambos armados de machete, terminó sin mayores consecuencias para los dos contendores; luego no puede afirmarse que Serrato hirió a su contendor en estado de ira causado por grave e injusta provocación.

"El artículo 28 presupone reacción inmediata a la provocación injusta y grave.

"Y aún aceptando también que en el primer lance, en la cancha de tejo, Reyes logró desarmar y herir a Serrato, el acto posterior de éste de perseguir a Reyes Méndez, que prudentemente se encerró, fue un acto de venganza que la ley no justifica, mucho más cuando la agresión inicial no está comprobado que partiera de Reyes.

"Si Serrato fue herido en la cancha de tejo, es natural suponer que ello le produjo dolor y cólera y que bajo el impulso de estas pasiones, con insistencia fue a buscar a su contendor, surgiendo la nueva riña, de la cual resultó mortalmente herido Reyes Méndez. Este estado de pasión, bajo cuyo impulso actuó Serrato, puede constituír una circunstancia de menor peligrosidad, pero no una modalidad atenuante por las razones anteriormente expuestas.

....

"Aquí los hechos..." no revelan... "que Serrato hubiera reaccionado por una grave e injusta provocación de su contendor: Reyes Méndez estaba pacíficamente en la cancha de tejo, cuando allí fue a buscarlo Serrato, quien inmediatamente antes había demostrado una agresividad inusitada contra algunas de las personas que se encontraban también en la fonda".

La circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal se fundamenta en una situación de vindicta cumplida dentro de un estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

Es indudable que el estado de ira puede presentarse aún en aquellos casos en que la reacción no es simultánea con el hecho injusto provocador. Ese estado psicológico puede ser interrumpido por un lapso de depresión (intenso dolor) del agente, para revivir posteriormente. La inmediatabilidad entre la provocación y la agresión no es indispensable. Se requiere, eso sí, que el culpable actúe en estado de ira.

Esta Sala, en providencia de 14 de marzo de 1952 (G. J., t. LXXI, p. 544), dice lo siguiente:

"El término gravedad en la provocación se condiciona a la índole de la ofensa, para que sea capaz de producir la ira o el intenso dolor, que, como reacciones psíquicas, surgen de aquella determinante. Y la injusticia dice relación no ya a la propia ofensa, sino a la índole de los factores personales o afectivos que proceden del mismo agresor y que motivan su acción, pudiendo decirse, en este orden de ideas, que la gravedad es noción condicionada a la forma como el agredido responde al estímulo que lo determina a obrar, reaccionando contra la agresión. Por lo general, la injuria proviene del mismo provocador que, sin derecho alguno, sin razón, estimula o impulsa con su acto la reacción que produce la ira o el dolor en las dos circunstancias que implica la atenuante, no siendo posible, en consecuencia, reconocer esta si los dos conceptos no operan simultáneamente".

Cabe, entonces, preguntar: ¿Fue Jesús Elías Serrato grave e injustamente provocado por Reyes Méndez?

El *ad quem,* en la sentencia recurrida (como se dejó transcrito) sólo lo acepta "en gracia de discusión, como tesis más favorable al reo...", si bien agrega que ello es bien "inverosímil, dado el estado de agresividad de..." éste.

Del examen del proceso, aparecen las siguientes pruebas:

a) En la diligencia de inspección ocular se dijo por los peritos Adolfo Parra y Vicente Benítez que "desde el punto de donde cada uno de los testigos se colocó, diciendo haber oído los golpes y frases que narran al punto donde estos sucedieron, perfectamente son oídos tales golpes y frases...".

A esta diligencia concurrieron los siguientes testigos:

1º *Alberto Lozano Tíjaro* quien refiere que "... llegó Jesús Elías Serrato y otros señores ahí y se pusieron a tomar los que habían ahí, tomando aguardiente, y luego como a eso de la una de la tarde se principió la pelea entre el mono Pava y Jeremías Benavides, y estando ahí en el forcejeo por fuera del mostrador, cuando entonces Jesús Elías Serrato que entró en estado de embriaguez a la tienda, le sacó el machete a Jeremías Benavides y se puso a darle plan a la puerta, y entonces fue cuando salió tirándole al mismo Pava (Félix Pava); yo entré y cerré la puerta de la tienda; cuando yo salí a la puerta de la parte del interior de la sala adyacente a la tienda, le estaba tirando Jesús Serrato a Jeremías Benavides y ahí de una vez salió Jeremías corriendo por entre el cafetal de para abajo, entonces Serrato salió para el lado de la cancha... y es cuando dicen que le tiró a Manuel Manchola y a Aurelio Manchola o Hernández; y cuando regresaba hacia la tienda, fue cuando se encontró con Reyes Méndez en la cancha de tejo y le tiró un planazo Serrato a Reyes; Reyes se atajó el planazo y le tiró también con la peinilla (machete) que tenía y le quitó el machete a Serrato; luego él se vino con las dos peinillas (machetes) en la mano y dio la vuelta en redondo de la casa y salió aquí al zaguán y luego pasó a la sala y fue cuando cerramos las puertas; nos entramos a la tienda y fue cuando Serrato llegó y echó la madre diciendo 'hijo de puta', pero no me dí cuenta a qué persona se dirigía; como la puerta interior de la trastienda no tenía tranca, yo la sostuve; entonces al oír Reyes Méndez que Chucho echaba la madre, entonces él le contestó dentro de la tienda, contestándole 'hijo de puta'; entonces fue cuando Serrato se dirigió a la puerta de la trastienda a empujarla; entonces el finado Reyes me echó para un lado a mí y entonces fue cuando se entró y se agarraron ahí dentro de la tienda. Yo me salí para el zaguán, cuando vi que Reyes Méndez hizo retroceder a Jesús Serrato, para afuera; Reyes tenía un machete y Serrato portando un pedazo de palo y un cuchillo; cuando Jesús Elías Serrato salió al zaguán, iba ya herido, cosa que antes no demostraba; en el zaguán fue cuando Serrato le tiró la puñalada a Reyes Méndez, agachándose un poco...".

Adelante agrega que "por el trato que yo de antemano veía entre Jesús Elías Serrato con Reyes Méndez, como Jeremías Benavides y los Manchola, eran amigos y considero que lo acontecido fue a consecuencia del alcohol que habían ingerido...".

2º *Beatriz Camargo de Castro,* hace un relato de los hechos semejante al que realiza el testigo anterior. Y en cuanto a lo ocurrido en la cancha de tejo de la fonda "La Parada", expresa lo siguiente: "...me asomé..." (se encontraba en el segundo piso de la casa)..., "y vi cuando Jesús Serrato le dijo algunas palabras a Reyes Méndez, pero no oí cuando, o sea no entendí qué palabras serían las que le dijo; Reyes Méndez estaba en el bocín de la parte de arriba, estaba jugando tejo con Pedro Antonio Martínez y Camilo Martínez; y le tiró con la peinilla a Reyes Méndez; entonces Reyes Méndez se cuadró y sacó la peinilla (machete)... y le tumbó el

machete a Serrato y en seguida Jesús Serrato salió para un alambrado, quedó prendida la camisa del alambre; Reyes Méndez se agachó y recogió la peinilla y le dijo: 'no le tiro, porque no soy villano y porque somos de los mismos'; salió para el lado de la tienda con los dos machetes en las manos; entonces yo me quité de ahí, me bajé para el primer piso; cuando bajé estaba Jesús Serrato tirándole puntapiés y empujando la puerta que comunica la sala con el zaguán...''.

3º *Laureano Castro* expresa que en la cancha de tejo... ''se agarraron, ahí en el bocín del lado occidental... y se hicieron un lance; vi cuando Serrato le pegó un planazo a Reyes Méndez y éste se le lanzó encima y le hizo otro lance y lo desarmó; Reyes recogió el machete y dijo algunas palabras, pero no entendí qué fueron esas palabras...''.

Este declarante, asimismo, se encontraba en el segundo piso de la casa donde ocurrieron los hechos.

4º *Nicanor Benavides, Arturo Barbosa, Rafael Sánchez* y *Rodolfo Melo Carrillo,* si bien concurrieron a la diligencia de inspección ocular, no fueron interrogados. Respecto de ellos se verificó que sí podían oír lo que declaran que escucharon, el día de los hechos y que refirieron en oportunidad procesal anterior.

Estos testigos, cuando rindieron su testimonio, se expresan así:

1º *Rodolfo Melo Carrillo,* al ser preguntado por la ''clase de voces que oyera entre Reyes Méndez y Jesús Serrato, cuando dice que estaban frente a la tienda, al pie de un árbol de guayabo...'', dice que ''yo oí que se lanzaron unas voces, pero no distinguí qué fue lo que se dijeron y eso fue cuando ellos estaban dentro de la tienda, pero yo no me di cuenta cuál de ellos sería el que primero lanzara la frase''.

2º *Rafael Sánchez,* al rendir declaración, informa que oyó a Jesús Serrato ''discutiendo política; diciendo que él era liberal, y no decía más nada, pues no ofendía a persona alguna; y luego entre el grupo que había, salió una voz que dijo: 'hasta voltiado será este hijo de puta'; entonces Jesús al oír eso, se fue encima de Jeremías Benavides y le quitó la peinilla y fue cuando se salió a tirarle a todo el que veía, pues más antes no le había visto ninguna arma a él; y esa voz que oí de que 'hasta voltiado será este hijo de puta' no me di cuenta quién fue la persona que la dijo''.

Posteriormente asevera que ''cuando Serrato iba para el lado de la cancha de tejo, le dijo Reyes Méndez... 'qué es la jodencia, hijo de puta'; entonces Serrato ahí mismo se lanzó y se agarraron; entonces Reyes le tumbó la peinilla a Serrato; Serrato se cayó contra un alambrado, que hay al lado del juego de tejo, y ahí le dijo Reyes: 'no lo mato, porque no soy villano, so hijo de puta', y recogió la peinilla de Serrato y se vino para el lado de la tienda...''.

3º *Arturo Barbosa* manifiesta que se encontraba en el segundo piso de la casa donde ocurrieron los hechos. Muy posiblemente por esto afirma, cuando es preguntado sobre el particular, que no oyó ofensas de parte de Reyes Méndez contra Serrato, cuando se encontraban estos en la cancha de tejo.

4º *Nicanor Benavides Méndez,* como el anterior, se encontraba en el segundo piso de la casa. Nada, pues, informa sobre lo sucedido entre Reyes Méndez y Serrato, cuando estos se hallaban en la cancha de tejo de la fonda ''La Parada''.

b) Igualmente obran en el informativo los siguientes testimonios:

1º De *Camilo María Beltrán,* quien informa que ''... después se devolvió Serrato y se encontró con Reyes Méndez y se hicieron unos lances de peinilla (machete); Reyes le quitó el machete a Serrato y luego Reyes le huyó a Serrato, escondiéndose dentro de la casa...''.

Nada refiere sobre las frases cruzadas entre Reyes Méndez y el procesado en la cancha de tejo, ni se le preguntó sobre este punto.

2º De *Pedro Antonio Martínez,* quien dice que, en relación con los agravios verbales de que pudo ser objeto el procesado, oyó que Jeremías Benavides le dijo a Serrato: ''que no era más que un hijo de puta collarejo y que hasta voltiado sería''.

Agrega que antes de acudir Serrato a la cancha de tejo y de suceder los hechos que determinaron la muerte de Reyes Méndez, se subió al segundo piso de la casa.

3º De *Claudio Benavides Melo,* quien asevera que oyó un ''alegato... dentro del cantina, y en eso alcancé a oír una voz que decía: 'hasta godo será este hijo de puta'; al oír eso, Rodulfo y yo nos salimos para afuera, hacia un guarayo, cuando vimos un grupo y agarrados todos, pero no se entendía con quién era la pelea...; luego Rodulfo y yo nos retiramos para un cafetal, y desde allá vimos cuando Jesús Serrato se dirigía hacia la cancha de tejo y ahí en la cancha se encontró con Reyes Méndez, y éste le dijo a Serrato: 'no joda, hijo de puta';

entonces Jesús Serrato sacó la peinilla y se la puso por el pecho, es decir, le pegó un planazo en el pecho; entonces Reyes sacó la peinilla (machete) de él y siguieron tirándose ambos, y entonces el finado Reyes le alcanzó a ganar a Jesús Serrato y le tumbó la peinilla y se la quitó, porque Serrato cayó al suelo y ahí dijo el finado Reyes: 'no lo mato, por no ser villano'; entonces Reyes cogió las dos peinillas (machetes) y se dirigió otra vez hacia la cantina. Ahí, dicen, porque yo no lo vi, Reyes pasó la cantina y se encerró adentro...".

Se tiene, entonces:

Del examen de las pruebas anteriores, únicas que permiten dar respuesta al interrogante planteado, cabe responder que Jesús Elías Serrato sí fue grave e injustamente provocado por Reyes Méndez, pero dentro de un incidente en que al agravio verbal, respondió el procesado con un golpe que con su peinilla (machete) le diera a Reyes Méndez por el pecho, retirándose en seguida éste para evitar el encuentro armado con aquél.

Fue después, cuando el sindicado, empujando la puerta de la habitación donde Reyes Méndez se había escondido y luego de ultrajarlo con la expresión "hijo de puta", se trabó en riña con éste, en la cual se ocasionaron lesiones mutuas, falleciendo Reyes Méndez a consecuencia de una herida que recibió en la región abdominal.

La reciprocidad de las agresiones entre Serrato y Reyes Méndez, cuando se encontraban los dos en la cancha de tejo de la fonda "La Parada", puso término a la condición de injusticia en la provocación del occiso contra el procesado, cuando aquél trató a éste de "hijo de puta".

El comportamiento de Serrato, realizado luego, si bien pudo cumplirse motivado por la ira, ésta ya no contaba con la condición prevista en el artículo 28 del Código Penal de ser causada por una grave e *injusta* provocación, pues, se repite, la reciprocidad de los agravios ya cumplidos dieron término a la calidad de provocador injusto en Reyes Méndez, en forma que en el último incidente, cuando éste fue muerto por Serrato, ya tomó el procesado la calidad de provocador, al ultrajar al occiso con la expresión "hijo de puta", dando lugar a la riña en que mutuamente ambos se hicieron.

El tratadista español Federico Puig Peña, refiriéndose en su obra sobre "Derecho Penal" (Edit.: "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1955, t. II —parte general—, p. 87 a 95), a la circunstancia atenuante prevista en la legislación de España (numeral 7º del art. 9º), contenida en la fórmula legal de "obrar por estímulos tan poderosos, que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación", anota que el Tribunal Supremo de España, en fallo de 16 de febrero de 1935, señala que "no son estímulos poderosos...", a los fines de este motivo de atenuación de la pena, "los simples insultos cuando se produjeron mutuamente".

No incurrió, pues, en error el *ad quem* al afirmar que "el acto posterior de..." Serrato... "de perseguir a Reyes Méndez, que prudentemente se encerró, fue un acto de venganza que la ley no justifica...". Esto es, que según la norma del artículo 28 del Código Penal, no permite concluír que el procesado obró dentro de un estado de ira causado por una grave e *injusta* provocación.

Este cargo hecho a la sentencia no aparece demostrado.

c) *Riña imprevista.*

Dice el artículo 384 del Código Penal que "cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones... se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

Es indudable que Serrato, en el segundo incidente que tuvo con el occiso, fue el provocador, al ultrajar a éste con la expresión "hijo de puta", ofensa que desencadenó la riña en que perdió la vida Reyes Méndez.

La reciprocidad de las ofensas que los dos se infirieron previamente, como se dejó dicho, le quitaron a Serrato la condición de provocado. La situación de injusticia en que se colocó Reyes Méndez al tratar de "hijo de puta" al procesado, quedó cancelada al ser agredido por éste, cuando ambos se encontraban en la cancha de tejo de la fonda "La Parada". Por tanto, la riña que luego ocurrió no fue imprevista para el sindicado, pues él la provocó, no sólo al buscar a su contendor, quien en forma franca se propuso evitar un nuevo incidente con Serrato, sino al ofenderlo con la expresión "hijo de puta", cuando pugnaba por abrir la puerta de la habitación donde estaba encerrada la víctima.

No cometió el *ad quem*, entonces, error alguno al estimar improcedente la circunstancia atenuante prevista en el artículo 384 del Código Penal.

Este cargo, en consecuencia, no fue probado.

---

d) *Preterintencionalidad.*

Dispone el artículo 365 del Código Penal que quien "con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

La manera como se desarrollaron los hechos; el arma empleada por el sindicado, y la región vulnerada en la víctima (cavidad abdominal y base del miocardio), excluyen en aquél, en lo referente al delito de homicidio cometido en la persona de Reyes Méndez, que obrara con la única intención de lesionar, siendo, en cambio, claro el propósito de dar muerte a su contendor.

El resultado de la conducta de Serrato, la muerte de Reyes Méndez, revela el propósito del procesado: el de matar. El maestro Francisco Carrara, en su obra "Teoría de la Tentativa y de la Complicidad" (Edit. "Góngora", Madrid, 1926, p. 72), dice que "cuando el hecho se realizó (el hombre muerto, la cosa robada), él mismo revela ya la intención del agente. Aparte demostración contraria del acusado, la presunción jurídica nos lleva a consignar que quiso hacer lo que hizo, pues las presunciones jurídicas se derivan del curso ordinario de las cosas y es más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar, que lo contrario de aquello a que aspiraba".

De otra parte, ninguna demostración del cargo hace el demandante.

Este motivo de impugnación no aparece, pues, demostrado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO

Función de la Corte en la estimación de la prueba en casación. Confesión espontánea del procesado. Su valor frente a las exigencias del Código de Procedimiento Penal. La demanda de casación debe ser fundada por abogado titulado e inscrito en la Corte.

1. Con respecto a la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, la Corte dice que "su función 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. LXXXI, Nos. 2160-2161, p. 845 y 846).

2. La fuerza de convicción que se desprende de la confesión del procesado, tanto más cuanto encuentra el respaldo en otros datos del informativo, llevan a señalar su responsabilidad en los hechos averiguados, en la forma como lo hizo el Tribunal Superior en el fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Ibagué, mediante fallo de 15 de septiembre de 1960, proferido al revisar la sentencia de primera instancia del Juzgado 151 de Instrucción Criminal, impuso a los procesados Gerardo Díaz Viviescas y Luis Beltrán las penas de veinte (20) y dieciocho (18) años de presidio, respectivamente, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Griseldo Rubiano Tovar.

Contra la sentencia del *ad quem* recurrieron en casación los nombrados, habiendo presentado demanda, mediante abogado inscrito en la Corte, el procesado Beltrán.

El reo Díaz Viviescas, en escrito del folio 36 del segundo cuaderno, pide que se anule "el proceso que contra mí se adelanta arbitrariamente, por no haber obrado con la ley ordinaria que correspondía... por motivo de que los hechos fueron ocurridos en diciembre de 1958, lo cual da a conocer que no podía dársele el trámite a este proceso por la ley del Decreto 012, porque aún este decreto no había sido establecido".

El señor apoderado de Beltrán impugna la sentencia con invocación de la causal segunda de casación.

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver sobre el recurso a que se ha hecho mención.

HECHOS:

Tuvieron lugar el día 24 de diciembre de 1958 en el municipio de Falan (Tolima), en los que perdió la vida el señor Griseldo Rubiano Tovar a consecuencia de dos disparos de arma de fuego (escopeta).

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado 151 de Instrucción Criminal condenó a Luis E. Arcila Urrego, Gerardo Díaz Viviescas, Luis Beltrán, Eduardo Puentes o Libardo Linares, Roque José Rivera Novoa, José Alonso Linares Chala, Gabriel Guzmán Linares y Gonzalo Ortiz Beltrán, a la pena de diez y nueve años de presidio.

El Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia recurrida, modificó la del *a quo* en la forma

ya señalada y, además, sobreseyó temporalmente en favor de Luis E. Arcila Urrego, Eduardo Puentes o Libardo Linares, Roque José Rivera Novoa, José Alonso Linares Chala, Gabriel Guzmán Linares y Gonzalo Ortiz Beltrán.

Expresa el *ad quem*, con respecto a lo ocurrido, que "la noche del 24 de diciembre de 1958, con motivo de las fiestas navideñas, se llevó a cabo una reunión en la casa de la familia Gerena, a donde concurrieron varias personas, entre otras el cabo Rubiano Tovar y Gerardo Díaz Viviescas. Luego se suscitó una discusión entre los anteriormente nombrados, en la cual el cabo Rubiano Tovar le reclamó a Díaz Viviescas por qué decía que él era conservador y le preguntaba que si por el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas y ser cabo, tenía que ser conservador, insistiendo en que él era muy liberal. Díaz a su vez decía que él lo afirmaba porque se lo habían dicho. Intervinieron después algunas personas para que cesara la discusión, lo que efectivamente sucedió.

"Más tarde el cabo Rubiano Tovar fue secuestrado y conducido con las manos amarradas hasta la casa de la finca donde reside la familia Ortiz Beltrán. Allí mantuvieron al infortunado cabo sentado un rato, y luego fue llevado a pocos metros de la casa, donde le dieron muerte de varios impactos de arma de fuego y en ese mismo sitio fue sepultado su cadáver.

"El día 29 de julio de 1959 fue exhumado el cadáver de Rubiano Tovar, diligencia..." en la que se verificó lo siguiente, según aparece del acta que obra al folio 162 del informativo:

"...Varios soldados y algunos civiles que estuvieron empeñados en esta faena cavaron hasta un metro de profundidad, donde se encontró el cadáver del cabo Griseldo Rubiano, el cual se hallaba en estas condiciones: ... estado de momificación, con escasa fetidez, cubierto en el tronco con alguna vestimenta, sin pantalones, con ropas interiores que aún se aprecian, descalzo, sin sombrero, tirado dentro de ese hoyo sin cajón y sin que se le hubiese envuelto con alguna sábana o cosa semejante".

Practicada la diligencia de autopsia, el perito médico, doctor M. Espinel R., expresa lo que pasa a transcribirse:

"Dicho cadáver se encontraba en avanzado estado de descomposición, habiendo ya desaparecido las partes blandas de la cabeza, miembros superiores e inferiores; en los huesos no se observaron fracturas. Parte del tórax se encontró recubierta con restos de camiseta y camisa, esta última identificada como prenda militar. Se procedió a abrir el tórax, que todavía conservaba los músculos intercostales, pero cuyo contenido (pulmones, corazón) ya habían desaparecido, encontrándose a nivel de la octava costilla un orificio redondeado que daba paso al dedo índice y situado inmediatamente a la izquierda de la columna vertebral. La extremidad de la octava costilla se encontró fracturada. Explorando alrededor de este orificio, se hallaron entre la musculatura tres municiones correspondientes a escopeta de cápsula. Dentro de la cavidad torácica no se encontraron más proyectiles, como tampoco en la cavidad abdominal.

"Por el orificio encontrado debieron penetrar a la cavidad torácica otras municiones que seguramente lesionaron los órganos del hemitórax izquierdo determinando la muerte, municiones correspondientes al mismo disparo y que seguramente cayeron al suelo al movilizar el cadáver".

DEMANDA DE CASACION

Invoca el demandante la causal segunda de casación, pues considera que el *ad quem* incurrió en error al apreciar la confesión de su mandante, el procesado Luis Beltrán, para quien, dice, "aspira que sea sobreseído temporalmente".

Expresa que "algunos sindicados, después del fallo de primera instancia, agotaron esfuerzos para defenderse, no ya de los gravísimos cargos que les aparecían, sino de las gravísimas sanciones que se les había impuesto. Y sucedió lo que, por desgracia, es muy frecuente en Colombia: hubo quienes convinieron en asumir toda la responsabilidad. Esto resulta tan claro, que lo único inexplicable es que los señores Magistrados de Ibagué, aunque comprendieron de qué se trataba y lo dijeron en su providencia, sacaron avante ese turbio propósito de despistar a las autoridades, y no concedieron fe a piezas procesales que la merecían. En una palabra, cayeron en la trampa que se había tendido a la justicia".

Anota el impugnante que "alguna responsabilidad en todo esto, y tal vez grave, le cabrá a Beltrán, pero en ningún caso esa responsabilidad se referirá a hechos que no realizó".

Antes de concretar los cargos a la sentencia recurrida, el demandante se refiere a la investigación para indicar que "tropezó con innumerables obstáculos, pues las gentes, inclusive las vinculadas con la víctima por lazos de parentesco, tenían miedo de hablar y sus dichos eran nulos o deficientes".

Observa que "vale la pena seguir los progresos del sumario", y, con este respecto, anota lo que pasa a transcribirse:

"a) Pronto se obtuvo una primera versión de los hechos. La dieron la madre del occiso, Carmen de Rubiano (f. 3) y su cuñado, Julio Enrique Viviescas, (f. 4). Según estos testimonios, al día siguiente de la fiesta llegaron a la casa donde se alojaba Rubiano unos hombres, preguntaron por él, lo obligaron a poner manos arriba, le registraron las ropas y se lo llevaron, carretera adelante. Dicen los testigos que les eran desconocidos los secuestradores. Corría diciembre de 1958;

"b) El 11 de junio de 1959, el cabo José Alvarez Fajardo (f. 39) se presentó a informar que un tal Víctor Ordóñez, antiguo guerrillero, le había suministrado informaciones relativas a la muerte de Rubiano. Según esas informaciones, Gerardo Díaz, el mismo del incidente del 24 de diciembre, era autor intelectual del plan delictuoso, con eficaz ayuda de su madre, María Sanabria, y con autoría material de Luis E. Arcila (a) 'Trece Pasos'.

"c) El propio Ordóñez hizo ante el Juez instructor el mismo relato y dio la opinión de que los parientes de la víctima sabían todo esto, pero no osaban declararlo, por miedo a represalias;

"d) Jorge Garzón Guzmán da más fuerza a esta versión, al relatar que Alonso Linares, ya citado por Alvarez Fajardo, le había dicho más o menos lo mismo; y Oliverio González, cuñado de Gerardo Díaz, explicó (f. 51) que su hermana, que vive con la madre de Gerardo, había visto llegar a la casa a 'Trece Pasos', con un tal Pablo Rodríguez, alias 'Bombillo', a reclamar que se le entregaran doscientos pesos, parte de la suma convenida como precio del crimen;

"e) El 6 de julio apareció un informe de agentes del 'SIC', que atribuyen a Julio E. Viviescas, el cuñado de Rubiano, en el cual se hace conocer la afirmación de aquél de que nada había dicho a las autoridades, por miedo, pero que la verdad era que él sí había reconocido entre los secuestradores del occiso a varios, especialmente a Gerardo Díaz y a 'Trece Pasos', quien era el portador de un arma de fuego.

"f) A este testigo clave se le oyó de nuevo (f. 57), y confirmó ampliamente lo comunicado a la justicia por el ex-guerrillero Ordóñez. Supo, así, el juez, que en el grupo iban Gerardo Díaz, Roque Rivera, Alonso Linares, Libardo Linares, Gabriel Guzmán, Isabel Puentes y Luis E. Arcila, 'Trece Pasos'; y supo también que la escopeta la llevaba este último individuo. Como prólogo de su segundo testimonio, dijo el señor Viviescas las razones de su silencio inicial;

"g) María Paulina, hermana del cabo Rubiano, y también la madre de la víctima, confirman (fs. 59 y 74 v.) el relato anterior y explica, también, por qué se abstuvo de hablar al principio.

"h) La madre del sindicado Gerardo Díaz acepta (f. 66) que 'Trece Pasos' y otro fueron a su casa a pedirle los doscientos pesos de que ya se ha hablado.

"i) Con semejante material probatorio, el instructor, naturalmente, procedió a dictar un auto de detención para los incriminados. No existían razones de ninguna naturaleza para desechar las pruebas recogidas, ni para dudar que ellas reflejaran la verdad;

"j) Así las cosas y a buen recaudo los reos, aparece en el folio 126 un espontáneo declarante, que introduce al proceso una nueva versión de lo ocurrido. Es Enrique Quimbayo Linares, que cuenta que se encontró en enero o febrero de 1959 con su amigo Luis Beltrán, quien lo llamó para detrás de una casa y le contó que él había sido el asesino del cabo Rubiano, dizque por tratarse de un volteado. Asegura Quimbayo que el autor de semejante confidencia ni siquiera estaba ebrio.

"k) Salomón Martínez (f. 155) declaró que a la casa de él había sido llevado el cabo, la noche del crimen; que Luis Beltrán le dijo, en su pieza, que iban a matar a ese hombre porque era peligroso que llevara gente para sacrificar liberales; que él quiso intervenir para salvar la vida del suboficial, pues otra persona le informó que eso era una equivocación, pero que había sido inútil, porque Beltrán, con la escopeta, había liquidado al joven; no habla para nada de las personas que, según la familia Rubiano, actuaron como secuestradores. Este testimonio, como los inmediatamente anteriores, corresponde a la época en que ya, según informe del 'SIC' (f. 135), se estaba recogiendo dinero para la defensa de 'Trece Pasos';

"l) Beltrán negó en su indagatoria haber participado en los hechos, pero de todos modos el juez instructor lo detuvo el 30 de julio de 1959;

"m) Julio Viviescas y su esposa volvieron a declarar (fs. 179 y 179 v.) para decir, en forma por demás clara, que entre los secuestradores de Rubiano no estaba Beltrán, a quien conocen muy bien;

"n) Los reconocimientos practicados en esos días dieron un resultado curioso: los parientes del occiso reconocieron plenamente a 'Trece Pa-

sos', pero Salomón Martínez, alegando la ofuscación de esa noche, no pudo reconocer a los otros incriminados;

"ñ) En ese estado las cosas, se logró la captura de Gerardo Díaz, que casi introduce en el expediente una tercera versión. Al principio negó haber participado en el crimen y sostuvo que el disgusto del 24 de diciembre sí lo tuvo Rubiano, pero con otras personas. Por fin aceptó que había estado en el lugar del homicidio, pero conducido a la fuerza por gentes desconocidas, y sin que él se diera cuenta de detalles, ni reconociera a sus compañeros de aventura".

Hace luego el impugnante, doctor Oscar E. Carvajal Navia, un examen del juicio, el que concreta en los términos siguientes:

"El señor Juez 151 de Instrucción Criminal falló este asunto en primera instancia el 14 de septiembre de 1959. En esa sentencia se condena a Luis E. Arcila (a) 'Trece Pasos', a Gerardo Díaz, a Luis Beltrán, a Eduardo Puentes, a Roque Rivera Novoa, a José Alonso Linares Chala, a Gabriel Guzmán Linares y a Gonzalo Ortiz Beltrán.

"En la segunda instancia hubo novedades. En efecto, Luis Beltrán, mi mandante de hoy, aparece dirigiendo al Tribunal una comunicación donde dice que el organizador de toda la criminal trama fue Díaz; que a él lo llevaron con amenazas; que iban también Luis Pérez, Delfín Corolay, Roque Rivera y Gonzalo Ortiz, pero que por allá no anduvieron ni 'Trece Pasos', ni Gabriel Guzmán, ni Eduardo Puentes; y que Díaz fue autor material del homicidio.

"En ampliación de indagatoria, reduce la nómina de criminales a un tal 'Pelusa', a Alberto Guzmán, a Gerardo Díaz y a su propia persona. Complica también a Salomón Martínez, dizque por haber sido el sepulturero. En respuesta a preguntas que insinuaron para él los defensores de los otros procesados, aclara que Gabriel Guzmán, Roque Rivera y desde luego Arcila Urrego, no eran del grupo. Esta vez asegura que él fue el autor material.

"Por su parte, Díaz también le hace juego a esta versión de última hora y amplía indagatoria para decir que a sacar a Rubiano fueron únicamente 'Pelusa' y Alberto Guzmán; que luego se lo llevaron; que Beltrán le dio muerte con un único disparo; que a 'Trece Pasos' sólo lo conoció en la cárcel, pues no estuvo esa noche con ellos, como tampoco Gabriel Guzmán, Roque Rivera, Alonso Linares y Eduardo Puentes.

"El honorable Tribunal Superior de Ibagué, en la providencia recurrida, reforma el fallo de primera instancia para sobreseer temporalmente en favor de Arcila Urrego, Puentes, Rivera, Linares, Guzmán Linares y Ortiz Beltrán, y para hacer cambios en las sanciones decretadas para Díaz y Luis Beltrán, únicos a quienes condena".

Ahora bien:

Hace el demandante, con fundamento en la causal segunda de casación, dos cargos a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, así:

a) "Por errada apreciación de los hechos, se les ha atribuído a algunos de ellos, en este proceso, un valor probatorio de que en verdad carecen".

Dice que esos hechos son los siguientes:

"1º *La supuesta confesión de Beltrán al señor Enrique Quimbayo Linares.*

Dice el demandante que no se sabe 'de dónde salió este declarante espontáneo', ni 'nadie se explica por qué habló tan tardíamente', ni se entiende 'por qué le pareció a los investigadores tan natural aquello de que mi poderdante, al ver a su amigo o conocido, sin estar ebrio, lo llamara para detrás de una casa a hacerle, a la carrera, confidencias de ese calibre. En la vida real... esas cosas no ocurren. Tal vez a un amigo íntimo, después de muchos rodeos y de muchas vacilaciones, acabe alguien por hacerle confesión de un delito, pero, sin antecedentes de ninguna clase, a la buena de Dios, con premura inusitada, nadie protagoniza escenas como la que relata Enrique Quimbayo. Asombra que no se le interrogara a fondo y no se le exigieran detalles. Parece que se hubiera querido no ponerle en aprietos, no exponer la investigación, a que ese hombre se enredara o se contradijera. En unos pocos renglones se recogió su gravísimo testimonio, y, a partir de ese momento, nadie ha habido que lo critique y lo desmenuce".

Transcribe lo pertinente de la declaración de Quimbayo, a saber:

'...por allá en uno de los meses de enero o febrero del presente año, no recuerdo con exactitud la fecha, me vine de la finca de mi papá para esta población y salí en las horas de la mañana a la fonda denominada Ventaquemada, de propiedad de don Miguel Acosta; salí a esperar carro de los que bajaran de Palocabildo y resulta que ahí se encontraba tomando trago Luis Beltrán, y, al verme, como era buen amigo mío, me llamó para detrás de la casa y me dijo esto: que él tenía mucha confianza y que me iba a contar una cosa... Yo le dije que bien podía contarme

lo que a bien tuviera, porque yo era su amigo; entonces me dijo esto: Quiero contarte que fui yo con (sic) maté al cabo Griseldo Rubiano... porque ese era un hijueputa voltiado... y que las jinetas se las había dado precisamente al Trece Pasos... Yo no le puse conversación sobre eso, porque ya bajaba el carro y me subí y me vine para Falan...'.

Comenta el impugnante que "se trata de una confidencia absurda y absolutamente sin motivo, porque ¿para qué la hacía Beltrán? ¿Qué podía ganar con entregarse en esa forma a un conocido? ¿De qué iba a servirle eso? ¿En qué lo podía ayudar Quimbayo, si, entre otras cosas, en ese momento nadie acosaba a mi poderdante y la justicia no lo perseguía? ¿Embriaguez, acaso? No, porque el propio espontáneo aclara que Luis apenas estaba 'iniciado'. Entonces, ¿cómo explicarnos semejante actitud? Sin embargo, la sentencia recurrida cita el testimonio de este hombre (f. 422), lo transcribe en parte, y no le hace comentario alguno, lo que inequívocamente quiere decir que lo acepta en su integridad y que lo tiene en cuenta, como prueba de cargo, contra mi mandante, a pesar de tratarse, sin lugar a dudas, de un testimonio a todas luces sospechoso por su contenido, por la forma como se produjo y por el momento en el cual se produjo".

"2º *La versión de la segunda parte de los hechos, dada por Salomón Martínez.*

"El 'patriarcal' ciudadano Salomón Martínez...", comenta el demandante..., "hace un relato del crimen y en él asigna papel principalísimo a Beltrán; se abstiene de nombrar a los otros personajes de la comparsa trágica, y dice no haber reconocido a nadie, a pesar de que en los campos todo el mundo conoce a todo el mundo... ¿Por qué les merecerá tanta fe a los funcionarios, el que contribuyó —dice que obligado— a hacer desaparecer bajo tierra el cadáver, y luego nada denunció, sino hasta el momento en que 'Trece Pasos' comenzó a defenderse? Es, por lo menos, un encubridor, aunque motivos poderosos casi justifiquen esto en nuestros campos, y..., claro está, lo dicho por Martínez, confirmado por circunstancias tales como el señalamiento de la improvisada sepultura, debía tenerse en cuenta, pero en ningún caso para atribuírle un excepcional valor probatorio en dos sentidos: por una parte, como demostración de que el principal, el casi único autor de todo fue mi poderdante, y por otra parte, como prueba de que 'Trece Pasos' y otros no estuvieron en el sitio del crimen ni participaron en él.

"Sin embargo, se le dio ese valor probatorio exagerado y a través de la sentencia, se habla siempre de este testimonio como de algo capital y definitivo".

"3º *Las confesiones judiciales hechas por Beltrán y Díaz.*

"Sin duda...", expresa el impugnante..., "el Tribunal le concedió a las confesiones de Beltrán un valor probatorio absoluto, aunque no haya frase expresa que lo diga. Y esto en virtud de una errada apreciación, puesto que esas confesiones, que ni siquiera entre sí concuerdan, estaban desvirtuadas en autos, por multitud de pruebas. Los parientes de la víctima, los que vieron la conducción de Rubiano de uno a otro sitio, y el propio Salomón Martínez, son explícitos en afirmar que en este crimen intervinieron muchas personas. Sin embargo, lo dicho por Beltrán se acepta, y allí cualquiera puede leer que dizque sólo intervinieron, en total, 4 personas, y lo que es más: que a secuestrarlo sólo fueron dos individuos, por haberse quedado atrás Díaz y Luis.

"El Tribunal, actitud insólita, considera (f. 432) 'que tanto Gerardo Díaz Viviescas como Luis Beltrán, al asumir toda la responsabilidad, están tratando con éxito hasta ahora de encubrir a otros responsables, desviando en esa forma la investigación...', y sin embargo (manes de Ripley), le concede plena fe a esas confesiones y sobre ellas edifica nada menos que un cambio radical del fallo que se consultaba. Menos desconcertante sería que a los señores Magistrados de Ibagué los hubiera convencido Beltrán, pero eso de que aclaran expresamente que no son tan ingenuos, y a pesar de su constancia le den pleno valor a versiones que no los convencen y que se inventaron, según ellos mismos, para desviar el proceso, resulta ni más ni menos que inicuo, incomprensible e injustificable. Olvidaron del artículo 255 que 'la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el Juez o el Funcionario de Instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario...'.

"Lo mismo puede decirse en lo relativo a la confesión de Gerardo Díaz, agregando que ésta, en muchos detalles, tampoco concuerda con la de Beltrán.

"En resumen: por errada apreciación se les dio a las indagatorias y memoriales comentados, un valor probatorio absoluto que no tienen, por cuanto se ha hecho que esto baste para exonerar de responsabilidad a la mayor parte de los sin-

dicados, pese a que hay pruebas en su contra que los abruman. Ni siquiera el Tribunal hizo extensivo el pretendido mérito absoluto de esas pruebas (las indagatorias) a los otros dos sujetos citados en las confesiones''.

''b) *Por errada apreciación de los hechos, se les ha desconocido a algunos de ellos un valor probatorio que sí tienen.*

Señala los siguientes:

''1º *La intervención en el secuestro de Rubiano de personas muy distintas de las citadas por Díaz y Beltrán.*

Anota el demandante que así se desprende de lo declarado por Julio Viviescas Díaz, cuñado de la víctima (f. 57 y ss.), y de lo dicho por la hermana del occiso, María Paulina Rubiano de Viviescas (f. 59 y ss.), quienes mencionan a Gerardo Díaz, a ''Trece Pasos'', a Roque Rivera, a Alonso Linares, a Gabriel Guzmán y a Libardo Linares.

Agrega que de acuerdo con el testimonio de Julio Viviescas Díaz, ''Trece Pasos'' era quien estaba armado, pues portaba una escopeta.

Y observa que a pesar de que ''por ley de la sangre, estos ciudadanos tenían interés en que se sancionara a los verdaderos responsables y no se llevara en cambio a la cárcel a hombres inocentes..., nada de esto convenció a los Magistrados del Tribunal de Ibagué. Con desenfado inconmensurable hablan, por ejemplo, de los reconocimientos hechos por Julio Viviescas en la persona de 'Trece Pasos', y sostienen que indudablemente por sugestión producida por el rumor público que ya corría, se produjo ese resultado en la diligencia. Dicen, en la más irresponsable de las formas, que Viviescas resolvió inculpar a Arcila. Y no se molestan en poner sobre el tapete el dicho de la esposa de este declarante, hermana del muerto, ni tampoco el de la madre del mismo. Simplemente, en unos pocos renglones exponen su curiosa teoría. Fueron muy breves. Empero, sus brevísimas frases debieron fatigarlos, porque más adelante (f. 431), sostienen que ya han repetido hasta el cansancio que los reconocimientos tienen escaso mérito probatorio. Cualquiera volvería a leer la providencia en busca de los argumentos del Tribunal, pero quien lo hiciera perdería su tiempo, porque sólo se encuentra la dogmática y super-sintética apreciación comentada''.

''Yo defiendo:..'', dice..., ''la credibilidad que merecen los dichos de los parientes de Rubiano y de muchas otras personas que indicaron a 'Trece Pasos' y a otros, como autores del crimen... porque se trata precisamente de testimonios de víctimas indirectas del asesinato (la madre, la hermana); porque no puede suponerse, sin motivos, que estas personas quisieran favorecer a los verdaderos responsables e inculpar a inocentes; porque los reconocimientos, como consta en las respectivas diligencias, se hicieron con plena observancia de las formalidades de ley; porque entre lo que declaran los parientes de Rubiano y todos los demás que complican a 'Trece Pasos', hay una concordancia innegable, una concatenación que no puede destruírse con la perogrullada de que todo el mundo obró por sugestión; porque todos estos declarantes se refieren a personas a quienes conocían perfectamente, no a transeúntes, ni a individuos poco vistos antes''.

''2º *La circunstancia de haberse presentado Arcila a la casa de Gerardo Díaz, a exigir la entrega de doscientos pesos.*

Anota, sobre este particular, lo que pasa a transcribirse:

''La madre, el hermano, la cuñada de Gerardo Díaz, han afirmado que es cierto que 'Trece Pasos', con otro sujeto apodado 'Bombillo', se presentaron, agresivamente, a la casa de Gerardo, después del crimen, a exigir la entrega de doscientos pesos. Los mismos testigos relacionaron esta pretensión con la muerte de Rubiano. Y el episodio encaja en forma exacta dentro de la versión de los parientes del cabo.

''Sin embargo, el honorable Tribunal opone a esto, el dicho de Salomón Martínez, y en forma tan peregrina le quita todo valor probatorio. Es decir, da por verdad procesal indiscutible aquello de que 'Trece Pasos' no tuvo nada que ver con el crimen, y sin crítica de ninguna naturaleza pone fuera de combate a los propios parientes de Gerardo Díaz. En virtud de argumentaciones de esa clase, este indicio vehementísimo fue desechado.

''Observo, aquí, lo siguiente:

''a) El Tribunal aceptó que solo dos personas concurrieron a secuestrar a Rubiano, y que entre esas no estaba ninguna de las que indican los testigos presenciales;

''b) El Tribunal no se detuvo a estudiar las discrepancias visibles, que existen entre el memorial-confesión de mi mandante y su indagatoria-confesión. En el primero, se acusaba a Díaz de ser el autor material. En la segunda, se le retiraba ese cargo;

"c) Tanto el Tribunal como el fallador de primera instancia no quisieron entender que Salomón Martínez acepta su participación en los hechos y un clarísimo encubrimiento de los mismos. No se le recibió indagatoria y ha debido hacerse esto, aunque posteriormente se considerara, por ejemplo, que había obrado ante una coacción insuperable. Se protocolizó, pues, un curioso sistema de definirle a un reo la situación: ni se le oyó sin juramento, ni se le aplicó el artículo 153 del Código Adjetivo, ni se le sobreseyó, ni se le condenó. Se le cita por todas partes como a testigo común y corriente, y se llega más lejos: se le considera testigo de excepción, hombre que merece la mayor de las credibilidades.

"d) En la providencia recurrida se observa que los señores Magistrados tropezaron con una dificultad gigantesca: si analizaban, era dificilísimo aceptar de plano las confesiones de quienes, según el mismo Tribunal, lo que estaban haciendo era desviando a la justicia. Para acceder a proferir un fallo favorable a 'Trece Pasos' y a otros, era menester abstenerse de críticas serias, era necesario edificar sobre un cúmulo de hechos heterogéneos y contradictorios una sentencia evidentemente caprichosa, y, por tanto, injusta".

Por último, dice que resumè los cargos, así:

"1º Que se concedió valor probatorio a hechos que no lo tienen. Enumeré tres de ellos.

"2º Que no se dio valor probatorio alguno a hechos que lo tienen y muy grande. Enumeré y comenté dos de ellos".

Y como petición, dice que una vez que "se declare probada la causal segunda de casación... se le dé aplicación al artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, ordinal a), esto es, invalide el fallo recurrido y dicte el que deba reemplazarlo, que no puede ser distinto de un sobreseimiento temporal para Luis Beltrán y para todas las personas a quienes afecta la sentencia del Tribunal, a fin de que los hechos continúen investigándose".

Cabe observar que esta demanda fue presentada el 14 de marzo de 1961 y a ella dio respuesta el Ministerio Público el 5 de septiembre último. Esto, por cuanto es del caso anotar que precisamente en esa fecha de marzo del corriente año, por primera vez, esta Sala expuso su doctrina sobre nulidad de los procesos seguidos de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, cuando se trata de hechos cometidos antes de su vigencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un detenido estudio de los dos cargos hechos por el demandante a la sentencia recurrida, solicita que *no se case* dicho fallo.

Anota que "si bien la causal cuarta de casación hubiera tenido viabilidad, toda vez que en el caso *sub judice* se incurrió en una nulidad constitucional al aplicar las normas del Decreto 012 de 1959 a un hecho ocurrido con anterioridad a la vigencia de tal estatuto, tal motivo de impugnación no fue alegado por el abogado recurrente. Y el planteamiento anterior se hace comprensible, habida consideración de que las normas del mencionado decreto son de índole restrictiva, en comparación con las normas del Código de Procedimiento Penal...; además de lo cual, son posteriores al insuceso investigado en este proceso. La violación del artículo 26 de la Carta no fue alegada por el impugnador y por tal motivo la honorable Corte no puede proceder de oficio a suplir el vacío que se ha destacado".

A las consideraciones del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal habrá de referirse la Sala cuando se ocupe del examen de la demanda.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Con respecto a la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, la Corte dice que "su función 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. LXXXI, Nos. 2160-2161, p. 845 y 846).

¿Incurrió el *ad quem*, en este negocio, en error manifiesto al presumir verídica la confesión del procesado Luis Beltrán?

En otros términos: ¿Existe en el proceso prueba en contrario de lo que este sindicado acepta con respecto al delito, de homicidio cometido en la persona de Griseldo Rubiano?

Cabe responder que no, si se tiene en cuenta que la confesión de Beltrán, no sólo está exenta de pruebas que realmente la contraríen, sino que aparece respaldada en otros datos del informativo.

En efecto:

1º *Confirman la confesión del procesado Luis Beltrán las siguientes pruebas:*

a) *Declaración de Salomón Martínez Sabogal* (declara el 28 de julio de 1959). Dice este testigo (fs. 155 a 163), en lo pertinente, lo que pasa a transcribirse:

"Por allá en el mes de noviembre del año pasado llegué a posarme donde don Julio Ortiz, ahí en 'El Reposo', pues yo estaba trabajando en carpintería donde Luis Hernández... El veinticuatro y el veinticinco de diciembre del año pasado yo permanecí ahí en la casa de don Julio, esperando la fiestecita que ellos tenían preparada, porque habían llevado cerveza y tenían comida para los amigos y para la familia. En la noche del veinticuatro no hubo nada, apenas el alistamiento para el día siguiente. El veinticinco, día de Pascua, desde por la mañana sí empezamos a tomar los que estábamos ahí... No recuerdo con seguridad la hora pero ya bien tarde, se fue Luis Beltrán y me parece que se fue a caballo pero no estoy bien seguro de esto; no supe para dónde se iría, porque estaba un poco entretenido... y más o menos a las nueve de la noche me acosté, bastante tomado. Y después seguramente se acostó el resto de la gente, que eran las mujeres de la casa. Por allá a la media noche sentí que me tocaban y me llamaban en la puerta y yo me levanté y era Luis Beltrán, pero yo abrí y volví y me acosté, y entonces Luis se dentró y se me sentó en el borde de la cama, llevaba una escopeta en la mano; estaba borracho, y me dijo que 'ahí habían traído un godo hijo de puta, para matarlo, diz que porque ese godo hijo de puta iba a llegar con un poco de pájaros de San Jerónimo a matar a la gente de la región'. Yo le dije; ¿usted tiene seguridad de que es un godo malo así como dice? Y me dijo que sí... y se salió. Después entró a la pieza mía otro tipo, que no conocía y me llamó por mi nombre, y me dijo: 'Don Salomón, yo creo que este hombre es liberal, es un soldado... salga usted y lo conversa a ver por qué viene muy tranquilo; él dice que es liberal...'. Entonces salí y encontré a Luis Beltrán en el corredor y le dije: Aguárdese, yo converso con este hombre, a ver qué política tiene; a ver qué me dice. Pero entonces Luis en el acto me dijo: 'No, ese hay que matarlo...', sin admitir a que yo le hablara al tipo. Yo vi en esos momentos que al otro extremo de la casa tenían amarrado con un rejo a un hombre, pero como siempre estaba algo distante no le vi la cara, ni el vestido; junto a él estaban otros dos hombres. Y Luis les gritó que lo echaran por delante, y yo al ver estas cosas, me entré a mi pieza y volví y me acosté naturalmente que completamente nervioso. Yo estaba medio acostándome de nuevo, cuando oí el primer tiro, puede decirse que detrás de mi pieza, en la parte de atrás de la casa, oí el primer tiro y el guarapazo del tipo que cayó. A su vez el tipo se quejaba y decía: 'Me mataron por ser liberal'. Cuando yo sentí esto, me levanté ligerito y me fui para la parte contraria de donde ellos estaban, buscando la otra esquina de la casa, llegué a la esquina y *tran*, el otro tiro, estando el tipo caído, quejándose mucho, y Luis Beltrán que estaba ahí con la escopeta, le dijo: 'Sí, ¿liberal? Hijueputa godo. Y fue cuando le hizo el segundo tiro y ya lo mató, porque el otro dejó de quejarse. En ese instante estaban ahí Luis Beltrán y los otros dos, que no sé quiénes serían. En esas Luis se puso a decir en voz alta que cuidado lo iban a sapear y que el que fuera a decir algo, le pegaba un tiro. Entonces fue Luis y me dijo que tenía que ir a ayudarles a hacer el hoyo, porque había que enterrar ese tipo, que sacara herramientas con los otros dos tipos que había ahí. Advierto que hasta ese momento no habían llegado los otros tipos, ni se había levantado don Julio, ni el muchacho Barrios; creo que ellos estaban muy borrachos y tal vez ni se dieron cuenta de los disparos. No sé si alguna de las mujeres, que eran Rosa Vergara, Teresa Vergara y la señora de don Julio, se habrían levantado, en todo caso no me dí cuenta. Cuando me dijeron que sacara las herramientas, yo fui al cuarto de la herramienta, con uno de esos tipos y sacamos un barretón y una pala y Luis nos dijo que hiciéramos el hoyo en el cafetal, y entonces nos dirigimos allá ese muchacho y yo y empezamos a hacer el hoyo. Nos pusimos a cavar el hoyo exactamente a unos cinco o seis metros, bajando por una puertecita de tranca, a unos cinco o seis metros al lado derecho de una mata de guamo liso, que es el único que ahí se encuentra de ese lado. Pasando de la puertecita de tranca, se siguen unos treinta o treinta y cinco metros, casi en línea recta, hasta donde está el guamo, y de ahí, a unos cinco o seis metros, a un lado, bajando al lado derecho, está enterrado ese señor. En todo caso, ahí en torno a ese guamo está enterrado, porque claro que con el tiempo transcurrido, por ser de noche y por la ofuscación mía, no puedo decir con absoluta precisión el sitio donde está, pero en todo caso cerca a ese guamo está... Cuando estábamos abriendo el hoyo, entre los dos muchachos desconocidos llevaron el cuerpo del soldado a rastra hasta allá; no se había acabado de terminar el hoyo, cuando lo arrimaron ahí. El cadáver llevaba una camiseta blanca, sin camisa, descalzo, con el pantalón me parece que

arremangado, pero no recuerdo el color, en cabeza, estaba amarrado de la cintura con un rejo, no llevaba nada más. Hasta ese momento Luis Beltrán permanecía por ahí en la casa y no se había acercado a donde nosotros estábamos abriendo el hoyo. Estaba como custodiando. Estábamos en esto, cuando de pronto llegó la 'tupia' de hombres, que ni supe por qué lado llegaron a la casa; de ahí pasaron para donde nosotros estábamos en el cafetal y se pusieron a ayudar a abrir el hoyo, con las mismas herramientas que nosotros teníamos; casi todos esos individuos eran desconocidos para mí, porque resulta que yo conozco muy poco el personal de la región, debido a que permanezco entregado a mi trabajo, no salgo casi a las cantinas y como soy viejo, ya me gusta la vida de quietud. Estando ahí en esas, como Luis Beltrán ya había ido al cafetal, también todavía con la escopeta, Alonso Linares lo agarró de un hombro y sacando la peinilla, le dijo: 'Con qué vos sos el que matás los mismos liberales, gran hijueputa'. Y Luis le dijo: 'No jodás, Alonso'. Y, entonces, Alonso se contuvo. También llegó en esos momentos un sujeto morenito, de unos diez y nueve años de edad, ceceñito, a quien conocía por ahí con el apodo de 'El Gavilán'. Resulta que ahí se iba a formar un zafarrancho, porque unos estaban empeñados en darle a Luis Beltrán y al 'Gavilán', porque decían que estos eran los causantes de esa muerte, por haberlos engañado diciéndoles que ese soldado era pájaro, conservador volteado y que era un peligro para los vecinos. Me dicen que cuando Luis Beltrán se dio cuenta que verdaderamente el muerto era liberal, salió corriendo con la misma escopeta a buscar a 'El Gavilán' para matarlo, pero que este se había escapado. Después estos quedaron acabando de abrir el hoyo y sin aguardarme a que lo enterraran, me fui saliendo por otro ladito del cafetal y fui para mi pieza y me encerré. Ahí Luis Beltrán decía y amenazaba a todos, que el que fuera a sapiar lo mataba, que le pegaba un tiro; estaba hecho una furia. Después de que me entré a mi pieza, yo no pude volver a dormir, de la tragedia y de los nervios y escuchaba que por ahí en el corredor conversaban algunos hombres, hasta que posiblemente se fueron, porque se silenciaron. Pero sí sentí que a otro rato llegó Luis Beltrán a su pieza y se acostó, pues resulta que él dormía en la pieza siguiente a la mía, y ahí amaneció. A la pieza llegó callado y se acostó. Al día siguiente yo me levanté más bien temprano y calladito me fui a ver qué huellas había, donde lo habían matado, detrás de la casa; pero seguramente lavaron eso, porque no había ni una gota de sangre. Y alguien me dijo que le habían visto un 'chagualón' en el costado, en la espalda, por donde le pegaron el tiro; que era una tronera muy grande. Luis Beltrán, al día siguiente, permaneció mudo, como ofuscado, con remordimiento. No hablaba nada, ni a mí me dijo nada. Yo seguí con esa tragedia moral tan grande y fastidiado de vivir en esa casa y permanecí todavía unos quince o veinte días más, hasta que me desocuparon una casita en la finca de Luis Hernández, a donde me pasé inmediatamente y es donde vivo, ahí solo, porque había conseguido una muchacha para vivir hace unos dos meses, pero ahora se me fue en la semana pasada...".

Al ser preguntado "si conocía a 'Trece Pasos', Luis Enrique Arcila y si se dio cuenta que este sujeto estuviera en la casa de Julio Ortiz, a la hora en que mataron y enterraron al soldado a que hace referencia", contestó que conoce "al Trece Pasos, hace unos ocho meses por ahí en esa región; ese tipo casi no me saludaba porque seguro le parecía yo muy antipático. A ese sujeto supe que vivía donde Salomón Linares, tenía una muchacha con quien vivía, pero no me di cuenta detallada de su manera de vivir, porque yo no iba por allá a la casa de Salomón. A donde sí fui dos veces, fue a la casa de Alonso, porque queda más cerca; le hice unos trabajitos de carpintería, y también donde doña Bárbara, la mamá, he ido unas dos veces a hacerle un trabajo en la máquina descerezadora. A ese tal 'Trece Pasos' yo no lo vi trabajando en ninguna parte; pasaba por donde yo vivía, pero no tuve amistad ninguna con él. Ahí donde yo no arriman esos tipos, porque saben que soy hombre trabajador y no me tienen como mucha confianza, porque seguro les parece que yo les iba a denunciar. Yo no puedo decir si 'Trece Pasos' iría dentro de esa 'tupia' de gente que llegó, pues yo me encontraba dentro del cafetal, en lo obscuro, y ellos formaron el alboroto ahí un poquito retirados y seguro otros se quedaron en la casa vigilando. Y como antes dije, yo al ver esa situación me fui 'escurriendo' por un lado del cafetalito y me metí en mi pieza callado, sin que me tropezara con ninguno. Después no volví a salir".

El instructor dejó la siguiente constancia: "El suscrito Juez hace constar que el declarante, señor Salomón Martínez Sabogal, concurrió voluntariamente a una cita que se le puso en el día de ayer en un lugar distante de esta localidad, en la vereda de 'El Refugio', precisamente para evitar que fuese visto en la población o en los caminos en contacto con el personal de este juzgado, cuyas actividades investigativas son conocidas por todo el mundo. Una vez que se le impuso del

objeto de la cita, en un principio manifestó todo el temor que suele embargar a todas las personas honradas y trabajadoras en estos y en otros contornos, cuando se les llama a rendir testimonio; pero ya después, persuadido de la necesidad de su declaración, en aras de la justicia e inclusive para definir su situación, como presunto cómplice accedió de manera voluntaria, amplia y espontánea, a consignar su testimonio, tan sincero y honrado, como puede apreciarse en el contexto de esta pieza procesal".

En ampliación de su testimonio, hecha el mismo día 28 de julio de 1959, Salomón Martínez dice lo siguiente:

"Yo supe que después de ocurrido esto el 25 de diciembre del año pasado, el 'Trece Pasos' y otros fueron a buscar a 'El Gavilán' a la casa, para matarlo, en una o dos ocasiones; y allí como no lo encontraron, les dieron o no una suma de dinero. No supe saber si les darían el dinero que les pedían o no. En todo caso yo oí este comentario. Y que precisamente que por todas estas cosas, primero porque 'El Gavilán' les había dicho que el cabo era 'pájaro', voltiado, que era conservador, y luego porque no les daba la suma de dinero que les pedían, 'El Gavilán' tuvo que desaparecer de la región, como en efecto sucedió. También oí varios comentarios en el sentido de que 'El Gavilán' les decía a los otros que ese soldado se estaba poniendo la vereda de ruana, que estaba amenazando con una pistola de 18 tiros y que esa era una de las armas que iba a emplear cuando viniera con las gentes de 'San Jerónimo' a atacar las casas de los liberales. Y que cuando fueron a sacarlo a la casa, iban tras de esa pistola, pero que ese día no se la encontraron. En todo caso decían que en los días anteriores, le habían visto una pistola muy buena...".

Al ser preguntado por "quién era el dueño de la escopeta con que Luis Beltrán le disparó al cabo Rubiano y dónde la tiene", contestó que "en ese tiempo Luis Beltrán y Gonzalo tenían dos escopetas de cápsula, pero como después Gonzalo se fue para Caldas, la vendió y Luis Beltrán a su vez vendió la de él, pero no supe a quién se la vendería. Ahora, últimamente, Luis tenía solo una escopeta de fisto".

Se tiene que este testigo ofrece serios motivos de credibilidad, no sólo por la manera circunstanciada en que refiere los hechos, sino porque la exhumación del cadáver, en el paraje por él indicado, pone de manifiesto su veracidad y por cuanto Luis Beltrán, en su confesión, la saca avante. En efecto, por los datos que diera Salomón Martínez pudo localizarse el sitio donde la víctima fue enterrada, en diligencia llevada a cabo el 29 de julio de 1959; y en ampliación de su indagatoria, el día 21 de junio de 1960 el citado Luis Beltrán admite que dio muerte a Griseldo Rubiano (véanse diligencias de los fs. 161 v. a 163, y 391 v. a 393 v.).

La crítica que el demandante hace a este testimonio de Salomón Martínez no alcanza a desvirtuar los cargos que le hace al procesado Luis Beltrán, y mucho menos se puede fundamentar, en los reparos que a esa declaración hace el impugnante, un error manifiesto del *ad quem* al darle la fuerza de convicción que le señaló en el fallo recurrido.

b) *Declaración de Enrique Quimbayo Linares* (f. 126).

Dice este testigo, el día 20 de julio de 1959, que "por allá en uno de los meses de enero o febrero del presente año, no recuerdo con exactitud la fecha, me vine de la finca de mi papá para esta población y salí en las horas de la mañana a la finca denominada 'Ventaquemada', de propiedad de don Miguel Acosta, salí a esperar carro de los que bajaban de 'Palocabildo' y resulta que ahí se encontraba tomando trago Luis Beltrán y al verme, como era buen amigo mío, me llamó para detrás de la casa y me dijo esto: 'Que él me tenía mucha confianza y me iba a contar una cosa...'. Yo le dije que bien podía contarme lo que a bien tuviera, porque yo era su amigo; entonces me dijo esto: 'Quiero contarte que fui yo con (sic) maté al cabo Griseldo Rubiano, porque ese era un hijo de puta voltiado; y que las jinetas se las había precisamente dado al 'Trece Pasos'. Yo no le puse conversación sobre eso, porque bajaba el carro y me subí y me vine para Falan...".

En cuanto a este testimonio, no cabe aceptar las críticas que hace el impugnante para restarle credibilidad, pues no es la única prueba en que se fundamenta la responsabilidad de Luis Beltrán en el delito de homicidio cometido en la persona de Griseldo Rubiano. El dicho de Quimbayo Linares aparece respaldado por la confesión de Beltrán y por lo que declaran Gerardo Díaz Viviescas y Salomón Martínez.

c) *Indagatoria de Gerardo Díaz Viviescas* (fs. 393 a 305):

Dice este procesado, el 22 de junio de 1960, que "el día 24 de diciembre de 1958 o 1957 me encontraba en la casa de la señora Débora Vi-

viescas, en una invitación, con la cual la señora quiso hacernos un baile, por lo que había llegado una hija de Armenia. Estando en el baile, por ahí como a las siete u ocho de la noche, llegó el tipo Griseldo Rubiano, que aún no sabía yo qué cargo desempeñaba, vestido de civil, con pantalón de paño y camisa amarillita y dijo que iba a bailar una pieza. La bailó, lo atendimos muy bien, porque se encontraba en sano juicio, y apenas terminó de bailar la pieza, dijo: 'Esto es para que se pique la chusma y todos estos collarejos que hay aquí, porque aquí no ha habido muertos, pero los irá a haber, collarejos hijos de puta'. Al nosotros ver y oír las palabras que el tipo decía, yo le dije a la señora Débora Viviescas que terminara el baile y a lo que terminamos el baile, dijo: 'que claramente, porque él había llegado, habían terminado el baile, collarejos hijos de puta'; que él 'tenía las armas de sobra, para acabar con todos los collarejos y collarejas que hubiera por ahí'; que él 'mataba hasta no dejar ni niños chiquitos, para que se acabara la raza de esos rojos hijos de puta'; y que si ahí 'había alguien que no le gustara, que dijera', y se metía las manos por entre la pretina. Claramente, al nosotros ver esto, yo quise irme para la casa y me dijo él 'no te vayas, hijo de puta, que yo te tengo que matar esta noche'. En seguida sacó una peinilla que tenía metida entre el pantalón y me mandó tres planazos y me los pegó. Me dijo que era para que arrancara, para que sacara bríos, que como decían que a los liberales no les daba miedo. En seguida, claramente que al yo verme aporreado y ultrajado en malas palabras y reconociéndome como liberal, me entré a la habitación y me entré a la pieza o a la chocita, y él afuera decía: 'Que saliera, parranda de hijos de puta'; que él 'tenía las armas y varia gente escogida para matar a todos esos collarejos hijos de puta de por ahí, hasta quemarles las casas, para que no quedara sino cenizas'. Y, entonces, él entró a la casa y encontrando en la sala a la señora Ismenia Gerena, una viejita como de cincuenta años, le preguntó la política y le dijo: 'Usted es una vieja hijo de puta'; y la viejita le contestó que ella no tenía política. El volvió y le dijo: 'Usted será de la raza de los hijos de puta collarejos y porque ven que yo soy copartidario de Rojas Pinilla, les da miedo y no dicen lo que son, pero esto es para que se pique la chusma, cachiporros hijos de puta'. Entonces yo le dije a la señora Débora, que es la dueña de la casa, que cerrara y nos acostáramos más bien. Y nos acostamos por ahí como a las once de la noche y él quedó por fuera, dándole golpes a la puerta para que abriera y ultrajándonos con las palabras de siempre, hasta por ahí como a las cinco de la mañana, que se regresó de ese lugar. Claramente que yo al ver lo que el tipo ese había dicho y viendo que él decía esa noche que estaba en el cuartel y otras que ya había salido del cuartel, por lo tanto dudé yo que ese tipo no era militar y porque siendo militar no tenía por qué ir a molestar a esa vereda, tanto que esa vereda se encontraba en completa calma. Claramente que yo al amanecer el día, me fui para la casa, me acosté a dormir y por ahí como a las cuatro y media me levanté, el día 25 de diciembre y me regresé al punto que llaman 'La Copa', a comprar unos cigarrillos, donde me encontré con Luis Beltrán y nos pusimos a conversar y le conté el asunto de lo que esa noche me había pasado; en esas que estábamos conversando, se arrimó un tal Alberto Guzmán, que por mal nombre le decían 'El Viajero'; y al escucharnos lo que estábamos conversando, llamó a otro tipo que por mal nombre lo llaman 'El Cabo Pelusa', y nos preguntó bien cómo había sido el asunto y yo le conté. Entonces dijo el tal Alberto Guzmán que ese tipo había que ir a sacarlo de allá, que ese era un tipo peligroso y que fácilmente podía acabar con un poco de liberales que había por ahí y nos convidó que fuéramos a Luis Beltrán, a mí y al tal 'Pelusa'. Nosotros, o sea Luis Beltrán y yo, estábamos un poco embriagados y le dijimos que no íbamos por allá, y entonces nos dijo que fuéramos, que eso era un bien para todos los vecinos de por ahí. Entonces nosotros regresamos en junta con ellos y al llegar a la casa donde habitaba el tipo Griseldo Rubiano, Luis Beltrán y yo nos resistimos a no llegar a esa casa, y se fueron ellos, o sea Alberto Guzmán y el tal 'Pelusa' y llegando a la puerta de la casa esa, pusieron manos arriba al tipo ese Griseldo Rubiano y lo sacaron, lo amarraron con un rejo y lo llevaron por el camino, por donde nosotros estábamos, y el tal Alberto Guzmán lo cabrestió por dicho camino, hasta salir a la carretera y lo siguió cabrestiando hasta el punto donde lo mató Luis Beltrán, y al llegar ahí, no sé de dónde resultó un tal Salomón, a quien no le sé el apelativo, con una pala en el hombro y le dijo a Luis Beltrán y al cabo Pelusa que mataran a ese hijo de puta, que él hacía el hoyo para enterrarlo; siendo así, que Luis Beltrán le hizo un tiro de frente, con una escopeta de esas de calzar, y a lo que el tipo cayó, el tipo Salomón le soltó el rejo y el tipo cayó, porque al recibir el tiro, apenas se desmanguzó y quedó tambaleándose porque lo tenían amarrado a una mata de café. En seguida, el tal Salomón ese cogió la pala y se puso a hacer el hoyo y a lo que el hoyo estuvo

hecho, lo cogió de los pies, le quitó la ropa, el pantalón y lo echó al hoyo y dijo que la camisa no se la quitaba, porque estaba dañada y entonces lo tapó y nos dijo que nos perdiéramos, porque si alguno de los que estábamos ahí contaba ese asunto, nos mataba...".

Al ser preguntado por las personas que "intervinieron en la muerte del cabo Griseldo Rubiano...", dijo que "ahí intervinimos cuatro personas y el viejo ese tal Salomón, que resultó ahí, Alberto Guzmán, al que por mal nombre le decían 'Viajero', pero que no sé dónde se pueda encontrar; el 'Cabo Pelusa', a quien yo no le sé el nombre, ni lo conocía, ni puedo decir dónde se encuentra actualmente, por ignorar su paradero; Luis Beltrán Ortiz, quien fue quien lo mató de un solo tiro, y yo que me llamo Gerardo Díaz Viviescas".

A otra pregunta del instructor explica que "yo no dije la verdad en la primera indagatoria, por la humillación que me hicieron los soldados en las partes que me tenían detenido, ya que me vine a dar cuenta que el tal Griseldo Rubiano era cabo del Ejército fue cuando me encontraba detenido y rodeado a todo momento de soldados, y porque cuando me tomó indagatoria el Juez 151 de Instrucción Criminal, en Falan, fue en medio de los soldados y por eso yo no quise decir la verdad de los hechos, porque me mataban, ya que los soldados nos tenían muchas ganas de matarnos".

Es enfático, pues, en señalar a Luis Beltrán como autor de un disparo de escopeta, con el cual ocasionó la muerte del nombrado Griseldo Rubiano.

El dicho de este procesado, por tanto, concuerda con lo que asevera Salomón Martínez Sabogal y con lo que refiere Enrique Quimbayo Linares, en lo que se relaciona con la responsabilidad de Luis Beltrán en el delito de homicidio cometido en Griseldo Rubiano.

No incurrió, pues, en error manifiesto el *ad quem* al señalarle a la versión de Díaz Viviescas el mérito probatorio que se indica en el fallo recurrido.

Si algunas diferencias se aprecian en la versión de este procesado con respecto a las informaciones que suministra el declarante Martínez Sabogal, ellas son meramente circunstanciales, sin que afecten lo fundamental de la cuestión *sub judice:* la responsabilidad de Luis Beltrán en los hechos averiguados en este negocio.

2º *Las pruebas que señala el demandante no desvirtúan la confesión del procesado Luis Beltrán.*

Es cierto, como anota el apoderado de Luis Beltrán, que Julio Viviescas Díaz y su esposa María Paulina Rubiano de Viviescas, cuñado y hermana del occiso, respectivamente, no mencionan a Luis Beltrán entre las personas que secuestraron a Griseldo Rubiano momentos antes de ser ultimado éste.

En efecto, Julio expresa que vio "un poco de hombres ahí en el patio..." y que pudo reconocer a Gerardo Díaz, a "un sujeto conocido con el sobrenombre de 'Trece Pasos', a Roque Rivera, a Alonso Linares y a Gabriel Guzmán. Y María Paulina dice que pudo "ver a Gerardo Díaz..." y a Roque Rivera, Alonso Linares, Gabriel Guzmán y Libardo Linares, entre los individuos que llevaron a cabo ese secuestro de Rubiano.

Sin embargo, de que no mencionaran a Luis Beltrán no se desprende que éste no hubiera participado en esos hechos a que tales testigos se refieren, pues no afirman que las personas que reconocieron en esos momentos fueran las únicas que acudieron a la casa en donde se encontraba la víctima y bien pudo suceder que no lo hubieran visto, a pesar de que hubiera hecho parte de ese grupo de personas.

De otra parte, si los procesados Gerardo Díaz Viviescas y Luis Beltrán dejaron de mencionar a otras personas que pudieron tomar parte en los hechos, particularmente en el secuestro de Rubiano (si se atiende a las personas que mencionan el cuñado y la hermana de éste), ello no tiene el alcance de desvirtuar la fuerza de convicción que ofrecen los testimonios de Salomón Martínez Sabogal y de Enrique Quimbayo Linares, y mucho menos la confesión que hacen Gerardo Díaz Viviescas y Luis Beltrán.

Su confesión, por tanto, debe presumirse verídica porque no aparece prueba en contrario, y, antes bien, existen otros medios de convicción que la respaldan.

El *ad quem* no incurrió en errada apreciación de los hechos, al deducir la responsabilidad de Luis Beltrán en el delito de homicidio de que se le sindica, pues en lo que respecta al alcance probatorio que el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal concede a la confesión, se ajustó a los requisitos previstos en esta norma. Y, además, otras pruebas llevan a tener a este procesado como coautor en los hechos.

La declaración de Beltrán está concebida en los siguientes términos:

"El día 24 de diciembre de 1958 me encontraba yo en la casa de Julio Ortiz, vereda de 'El Reposo', municipio de Falan, más o menos a las cinco de la tarde me fui para una fonda llamada 'La Copa'; llegué a la cantina de Ruperto Guzmán y me puse a tomar cerveza como de costumbre; estando ya borracho llegó Gerardo Díaz Viviescas y me dijo que él andaba buscando gente de las guerrillas, que para ir a matar un cabo del Ejército que había estado en un baile y que había dicho en el baile que ahí llegaba él para que lo picara la chusma; que había dicho el cabo que por ahí era donde vivían una parranda de collarejos hijueputas; eso me dijo Gerardo a mí; que el cabo había dicho que no se les diera nada, parranda de hijueputas collarejos, que iba a acabar con hombres, con mujeres y con niños, que para eso tenía bastante gente y tenía buenas armas; que por ahí no había muertos, pero que los iban a haber; que no se les diera nada, que iba a ir al cuartel a traer gente para acabar con todos esos hijueputas poray; yo por medio de lo borracho que estaba me dejé sugestionar de lo que Gerardo me dijo que fuera en junta con él, que para que lo acompañara y obligado por él maté al cabo. Eso es lo que tengo que decir, si él (Gerardo) no lo ha dicho... Es primer caso que me pasa y no por mi propia voluntad sino obligado por Gerardo Díaz Viviescas. Yo me fui de 'La Copa' en compañía de Gerardo y un tal Alberto Guzmán y un tipo que llaman 'Pelusa', en busca del cabo que vivía en la misma vereda 'El Reposo', o sea en lo que llaman 'Guadualito'; llegamos a la casa donde vivía el cabo, pero allá fue Alberto y el tal 'Pelusa' y yo me quedé más acá en junta con Gerardo y ellos lo sacaron de allá y lo amarraron y lo llevaron para 'El Reposo' y allá fue donde yo lo maté de dos tiros de escopeta y el tal Alberto y el tal 'Pelusa' lo enterraron y un tal Salomón también ayudó a enterrarlo; el tal Salomón me parece que está en Falan, en el pueblo...".

Con toda razón, pues, anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que "la confesión de los hechos, producida por Luis Beltrán (f. 391) y Gerardo Díaz Viviescas (f. 393), y que el impugnador tacha de inidónea para comprobar la responsabilidad de los procesados..." se encuentra confirmada "por diversas piezas probatorias del proceso. Se afirma que parcialmente hallan respaldo en los autos y ello porque en el proceso aparecen incriminaciones directas contra Luis Beltrán y Gerardo Díaz Viviescas, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona del cabo Griseldo Rubiano, ocurrido el 24 de diciembre de 1958, en Falan (T.). Fue precisamente en tal aspecto que al Tribunal *ad quem* le mereció credibilidad lo dicho por Beltrán y Díaz. Lo anterior es una consecuencia lógica a que se llega del estudio de los diversos elementos probatorios que fueron tenidos en consideración en el fallo acusado. Ningún error manifiesto en la valoración de los hechos se ha comprobado por parte del impugnador, en lo relativo a la apreciación de las confesiones vertidas por Beltrán y Díaz Viviescas".

Por último:

El hecho de que el *ad quem*, en la providencia impugnada, haya sobreseído temporalmente en favor de otras personas contra quienes resultaron cargos en el proceso, no permite concluír en el supuesto error alegado por el demandante.

La fuerza de convicción que se desprende de la confesión de Luis Beltrán, tanto más cuanto encuentra respaldo en otros datos del informativo, llevan a señalar su responsabilidad en los hechos averiguados, en la forma como lo hizo el Tribunal Superior de Ibagué en el fallo acusado.

Observa Mittermaier ("Tratado de la Prueba en Materia Criminal", Edit.: "Reus", Madrid, 1929, p. 173 y 174) que "la persuasión que se deriva de la confesión no llega al Juez sino con el auxilio de una multitud de presunciones que se encadenan. En primer lugar, el acusado, cuando confiesa, depone contra sus intereses, sabe que va a caer sobre él la pena merecida por un crimen, y esto es ya bastante para desvanecer la objeción sacada de que habla en causa propia. En segundo lugar, se convendrá en que un hombre necesita motivos muy graves para hacer una cosa tan poco frecuente como la de exponerse voluntariamente y de buen grado a un mal material, denunciándose a sí propio. ¿Se atribuirá este motivo a un extravío de la imaginación? ¿Se dirá que no se ve allí más que un loco, que en un delirio se precipita delante de la muerte, e inventa con tal objeto los falsos pormenores de un supuesto crimen? ¿Se atribuirá más bien a un cálculo hábilmente combinado, con la esperanza de alcanzar ciertos beneficios eventuales, de preservar de un mal a un tercero? ¿Se achacará, en fin, a las irresistibles amonestaciones de la conciencia? Porque si después de un atento examen, parece demostrado que el inculpado es enteramente de sano juicio, y que nada va a ganar con su confesión, se hace muy natural pensar que su único móvil han sido los remordimientos".

Y más adelante agrega este tratadista:

"Pero hay, sobre todo, un caso en que la confesión determina irresistiblemente la convicción en todo entendimiento reflexivo y que tiene instinto de lo verdadero, y es aquel en que los hechos que refiere son demostrados, por otra parte, como verdaderos, o en el que los detalles sobre que versa sólo pueden ser conocidos por el autor del crimen; de modo que no se acertaría a comprender cómo el acusado, siendo inocente, estaba informado de ellos. Y así, cuando describe exactamente las heridas que se han hallado en el cadáver de la víctima, cuando el cuchillo que señala como instrumento del crimen tiene exactamente las mismas dimensiones de la herida, ¿cómo puede estar enterado de todo eso, si no es culpable? Para explicarlo, sería necesario nada menos que un concurso de circunstancias extraordinarias" (p. 174 y 175, op. cit.).

Y en el presente asunto, como se dejó ya anotado, la confesión de Luis Beltrán concuerda con la versión dada por Díaz Viviescas y con el relato que hace el declarante Salomón Martínez. Y, además, coincide con la manera como los hechos tuvieron ocurrencia.

El Tribunal Superior de Ibagué le dio correcta aplicación a la previsión contenida en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, y, de consiguiente, no incurrió en el error de hecho alegado por el demandante, pues en el presente caso se reúnen los requisitos que indica la norma citada, a saber:

a) Que la confesión sea libre, esto es, que se haya hecho sin coacción externa de ninguna clase.

b) Que sea espontánea, esto es, debida a un acto propio del confesante, y no de otra persona.

c) Que se haya realizado ante el juez o funcionario de instrucción y su secretario.

d) Que el cuerpo del delito se halle plenamente comprobado.

e) Que no exista en el proceso prueba alguna que la contradiga.

Nada aparece en el proceso que permita aseverar que la confesión del sindicado Beltrán no fue espontánea, y mucho menos se encuentran pruebas valederas que la infirmen. La aseveración del demandante, de que la confesión de Luis Beltrán se debió a que "asumió toda la responsabilidad" para "salvar a otros", no resulta comprobada por el impugnante.

No es el caso de infirmar la sentencia recurrida.

Ahora bien:

El procesado Gerardo Díaz Viviescas, quien también interpuso el recurso de casación contra la sentencia de que se ha hecho mérito, no presentó dentro del término legal, ni después, la demanda de casación mediante abogado inscrito en la Corte, razón por la cual no puede ser oído.

Sus memoriales no pueden estimarse como demanda de casación, pues de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Nacional y con lo previsto en los artículos 1º y 2º de la Ley 69 de 1945, se desprende, como repetidas veces lo ha dicho la Corte, que "la demanda de casación en materia penal debe formularse por abogado titulado e inscrito en la Corporación. El cumplimiento de este requisito es esencial, pues ninguna otra persona, a excepción del abogado titulado e inscrito o del procesado que tenga esta calidad, puede formular la respectiva demanda. Si no se hiciere así, el recurso debe declararse desierto" (véanse autos de 10 de mayo de 1946, G. J., t. LX, p. 524; de 20 de febrero de 1946, G. J., t. LX, p. 223; de 4 de febrero de 1949, G. J. t., LXV, p. 429, y de 29 de abril de 1949, G. J., t. LXV, p. 796).

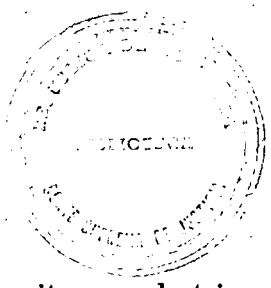
Con este respecto, corresponde declarar desierto el recurso de casación propuesto por el sindicado Gerardo Díaz Viviescas y condenarlo en costas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "Si el recurso no se fundare dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto y condenará en costas a la parte recurrente".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito. Asimismo, *declara desierto* el recurso de casación interpuesto por el procesado Gerardo Díaz Viviescas contra el citado fallo y se le condena en costas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad.

Pioquinto León, Secretario.



IMPEDIMENTO

La Corte reitera su doctrina respecto a que los motivos que producen la inhibición, en la medida que sean necesarios para aquellos a quienes corresponda valorarlos y apreciarlos en orden a su eficacia para producir el impedimento dentro de las causales taxativamente previstas en la Ley, tengan elementos adecuados para aceptar o no la separación del Juez o Magistrado del conocimiento de un proceso determinado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Por segunda vez ha sido enviado a la Corte este negocio, originado en la queja formulada por la señora Blanca Cueto viuda de Pupo contra los abogados Bolívar Salgado Pupo, Antonio Alvarez Olivo y Enrique Carlos Flórez, con el fin de que esta Corporación decida de plano y en definitiva en relación con un nuevo impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Montería, doctor José Luis Abisambra, ya que dicho Tribunal ha desechado nuevamente tal impedimento.

Las razones expuestas por el Tribunal de Montería para no aceptar el impedimento manifestado por el magistrado doctor Abisambra son las siguientes:

"Con fecha ocho (8) de marzo del presente año el honorable Magistrado doctor Abisambra se declaró impedido para conocer del presente negocio 'habida consideración de estar comprendido dentro de lo prescrito por el ordinal primero del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal'.

"Este impedimento fue rechazado por la Sala, como consta en auto de fecha veinte y cinco (25) de abril del presente año, que fue confirmado por la honorable Corte Suprema de Justicia por providencia de fecha diez y ocho (18) de mayo del año en curso, en la cual se lee lo siguiente:

" 'El Magistrado Abisambra, al manifestar su impedimento, no indica cuál es el motivo concreto para inhibirse de conocer de este negocio, pues no determina si es él personalmente quien tiene interés en el proceso, ni el nexo de parentesco que tenga con todos o algunos de los abogados acusados, y en estas condiciones resulta imposible poder estimar si el impedimento manifestado es o no fundado, y por lo tanto, sobrada razón tuvieron los restantes Magistrados de la Sala Penal del Tribunal para no aceptar dicho impedimento'.

" 'Cuando se invoca alguna causal legal de impedimento o recusación, quien manifiesta el impedimento o recusa, debe expresar, con toda claridad y precisión, los motivos y hechos en que funda la causal invocada, pues de otra manera el Juez o Magistrado a quienes corresponda calificar la legalidad del impedimento o recusación carecen de elementos de juicio para poder decidir con conocimiento de causa".

"No obstante lo resuelto por la honorable Corte, el honorable Magistrado Abisambra insistió en declararse impedido y para el efecto manifestó lo siguiente, el día cuatro (4) de julio:

" 'El suscrito Magistrado reconoce que al declararse impedido por primera vez en el presente negocio, no se dijo en forma concreta con cuál de las partes se contraía el impedimento. Vuelto el expediente a la Sala del suscrito Magistrado, es del caso manifestar que insiste en el impedimento ya que teniendo en cuenta el grado de parentesco existente con uno de los interesados

en el Juicio de Sucesión del señor Humberto Pupo q. e. p. d., se coloca dentro de lo establecido en el 1º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, y por otra parte, también tiene parentesco y amistad íntima con el doctor Bolívar Salgado Pupo, otra de las partes en el negocio a que se contrae este impedimento'.

"Se pasan a analizar las causales alegadas en esta nueva manifestación de impedimento por el honorable Magistrado Abisambra, así:

"*Primero. Grado de parentesco existente con uno de los interesados en el Juicio de Sucesión del señor Humberto Pupo.*

"Se anota, en primer lugar, que el honorable Magistrado Abisambra no determina cuál es el grado de parentesco existente con ese presunto interesado en el mencionado Juicio de Sucesión. En segundo lugar, que no determina quién es ese presunto interesado en el juicio de sucesión. Y por último, se abstiene de afirmar el interés en el proceso de la misma persona a quien se refiere en forma absolutamente abstracta.

"Como en este punto, el honorable Magistrado Abisambra se acoge a la causal 1ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, conviene anotar que ella reza así:

" 'Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso'.

"Prescrita la causal en una forma taxativa, concreta, diáfana, por la disposición transcrita, el impedimento debe expresarse también en forma absolutamente nítida, que permita al resto de los Magistrados de la Sala tomar la correspondiente decisión con conocimiento de causa, lo que no es permitido por la vaguedad con que se manifiesta el impedimento.

"Por otra parte, cuando la disposición habla de intereses en el proceso, está utilizando los términos empleados por la legislación penal adjetiva. Sin que pueda extenderse la interpretación hasta aplicarla a cualquier negocio distinto como el mencionado por el doctor Abisambra.

"Fácilmente se concluye, en relación con este punto, que el honorable Magistrado Abisambra incurrió nuevamente en los defectos que anotó la honorable Corte Suprema de Justicia en la providencia transcrita en su parte pertinente.

"*Segundo. Parentesco con el doctor Bolívar Salgado Pupo, otra de las partes en el proceso.*

"Se ha incurrido por el honorable Magistrado Abisambra en la misma omisión que se anotó al analizar la causal anterior, y que, asimismo fue motivo de comentario por la honorable Corte Suprema de Justicia, por cuanto, en efecto, no se expresa cuál es el grado de parentesco que vincula al Magistrado Abisambra con el doctor Salgado Pupo. Y la determinación concreta y precisa de ese grado de parentesco es condición sine qua non para que la Sala pueda decidir sobre la legalidad del impedimento.

"*Tercero. Amistad íntima con el doctor Bolívar Salgado Pupo.*

"Como se observa en la primera manifestación de impedimento esta causal no fue alegada por el honorable Magistrado Abisambra, y en esta ocasión, para estudiarla debidamente, la Sala hace las siguientes consideraciones:

"Sobre la amistad íntima como causal de impedimento, tiene doctrinas reiteradas la honorable Corte Suprema de Justicia. Conviene transcribir la siguiente: (G. J. 2.228 - 2.229, T. XCIII).

" 'La amistad y la enemistad como motivos de inhibición subjetiva por parte de los funcionarios judiciales, suponen por lo general un concepto valorativo de los motivos o razones en que se fundamentan. Cuando operan como impedimento, esto es, cuando es el mismo funcionario quien las alega para excusarse de intervenir como Juez en determinado negocio, no es menester que aporte una prueba que acredite aquellos sentimientos, de suyo imposibles de establecer por medios distintos de la propia y motivada afirmación del funcionario. *Pero ello no lo exime de aportar,* por lo menos, *los motivos que producen su inhibición, en la medida que sean necesarios para que aquellos a quienes corresponda valorarlos y apreciarlos en orden a su eficacia para producir el impedimento dentro de las causales taxativamente previstas en la ley,* tengan al menos los elementos de juicio que sean adecuados para aceptar o no la separación del Juez o Magistrado que la invoque para inhibirse del conocimiento de un proceso determinado.

" 'Constituiría un medio muy sencillo para evitar dicho conocimiento en un proceso de difícil estudio y dilucidación, permitir al funcionario judicial la afirmación escueta y simple de la existencia de una enemistad grave o amistad íntima con alguna de las partes, para separarle del conocimiento de tal proceso...

" 'La manifestación declaratoria de impedimento debe ser motivada, en cuanto sea ello posible por la naturaleza de la causa que la produce, así como la de recusación tiene que ser estable-

cida con cualquier medio probatorio adecuado. Aquello y esto entra dentro de la esencia de ambas instituciones, pues no se concibe que cuando la inhibición o abstención surge del mismo funcionario que la alega o la recusación que alguna de las partes propone al propio funcionario para rechazarlo como Juez, no exigieran de parte de quien debe apreciarlos para aceptarlos o no, medios ningunos que le permitieran un juicio valorativo adecuado a las circunstancias de cada uno de esos incidentes.

" 'Con insistencia ha dicho la jurisprudencia de la Corte, tratándose de la amistad íntima, lo que sigue:

" 'La determinación del impedimento por amistad íntima con alguna de las partes que intervienen en el proceso, no se deduce de la simple manifestación que de ella se haga, sino de los motivos o causas existentes que lleven al Magistrado a hacer la manifestación de ese estado, para que el Superior que decide pueda apreciarlas, y con fundamento en ellas concluír negando o aceptando el impedimento. (Auto de 25 de agosto de 1947).

" 'No se puede emitir una opinión en concreto sobre elementos que n (sic) determinado caso puedan servir de guía para precisar los conceptos de la amistad íntima y de la enemistad grave de que habla la Ley, porque correspondiendo estas expresiones a factores subjetivos, de orden interno, su valorización (sic) no puede decidirse del simple postulado que sirve de base a la causal de impedimento, sino de los hechos o manifestaciones que exterioricen ese estado afectivo de la amistad íntima.

" 'Las relaciones de trato, comunicación o correspondencia que imponen los deberes de la sociedad o los provenientes de la vida de negocios, si bien es verdad que originan un estado de amistad, *no es precisamente la amistad íntima que de acuerdo con la ley produce el impedimento.* En la amistad íntima se busca y se realiza una *compenetración de ideas y sentimientos espirituales* que *identifican* en estas relaciones a las personas que las profesan, y en las manifestaciones exteriores, se traduce por la demostración recíproca de un afecto personal, desinteresado, no egoísta, que lleva a intimar con el amigo "para la confidencia de sus secretos y el depósito de sus recónditos estados sentimentales, de sus problemas, de sus aspiraciones, desencantos, proyectos, tristezas y alegrías.

" 'De manera que la determinación de impedimento por amistad íntima con alguna de las partes que intervienen en el proceso, no se deduce por la simple manifestación que de ella se haga, sino de los motivos o causas —existentes— que lleven al Magistrado a hacer afirmaciones de ese estado, para que el superior que decida pueda apreciarlas, y con fundamento en ellas concluír negando o aceptando el impedimento (G. J., T. LXVIII, Nº 2-057-58, págs. 789-790)".

"Tan clara y objetiva es la anterior doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia, que sobra cualquier otro comentario que sobre el particular quiera hacerse. Ella, por lo demás, encaja estrictamente dentro del presente caso, por cuanto de la simple lectura del auto de impedimento del Magistrado José Luis Abisambra, se observa que en él no se hace otra cosa que mencionar escueta y lisamente la causal de impedimento consistente en la amistad íntima con el doctor Salgado Pupo, sin expresar en forma alguna los motivos o causas en que ella se funda".

Los argumentos expuestos por el Tribunal de Montería son tan fundados y claros y la doctrina de la Corte que cita tan aplicable a este caso, que esta Corporación considera innecesario exponer otros para concluír que el nuevo impedimento manifestado por el Magistrado doctor Abisambra debe rechazarse por ser completamente impreciso e infundado.

Lo que sí no puede dejar de expresar esta Sala es su extrañeza por el procedimiento reiteradamente usado por el Magistrado Abisambra para eludir el conocimiento de un negocio, sin suficiente motivo legal para ello, ocasionando con su actuación innecesarias y perjudiciales demoras en la decisión de un juicio que la ley quiere que sea resuelto en forma rápida, para que sea eficaz en sus efectos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara* infundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor José Luis Abisambra a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

RECUSACION

La Corte no decide de un impedimento o recusación en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el primero, o de ser fundada la segunda. Condiciones para que pueda ser invocada la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Cabe observar que cuando el Fiscal de un Tribunal rechaza la recusación contra él propuesta y la Corporación que califica el incidente la declara fundada, debe el calificador, en la misma providencia, ordenar el envío de los autos a la Corte para que ésta decida de plano el asunto. Si en tal forma se hubiese procedido, se habría evitado el recurso de apelación interpuesto por el funcionario recusado, exótico dentro de las normas procedimentales que regulan esta clase de incidentes. La Corte no decide de un impedimento o recusación en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el primero, o de ser fundada la segunda, cuando ésta ha sido rechazada por el funcionario a quien se recusa...

Para que el consejo o la opinión a que se refiere entre otros supuestos, el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal puedan válidamente invocarse como causal de impedimento o recusación, se necesita que aquellos hayan sido dados o manifestados con anterioridad, **y que, además, entrañen un concepto de fondo sobre el problema que se debate, porque la ley, basada en la experiencia general de que los hombres tratan de persistir en el criterio que han adoptado tras madura reflexión y análisis, lo que esencialmente quiere evitar en tales casos es que el fenómeno aludido pueda quebrantar, en un momento dado, la imparcialidad y rectitud de los encargados de administrar justicia, o de quien con estos colaboran.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, veintiocho de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

En providencia del diez y siete de mayo del corriente año la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto con el voto disidente de uno de sus Magistrados, declaró que su fiscal colaborador, doctor Alberto Bravo Guerra, quedaba "separado para seguir conociendo de este proceso", y, en consecuencia, ordenó comunicar tal decisión a la Gobernación del Departamento, "para que se designe el Fiscal interino que debe actuar en él".

Los motivos en que se fundó el Tribunal para resolver lo anterior fueron expuestos así:

"Los doctores Julio César Enríquez y Rogerio Bolaños en su carácter de apoderados de la parte civil dentro del presente informativo, por escrito del 24 de abril del año en curso, recusaron al señor Fiscal de este Tribunal, doctor Alberto Bravo Guerra, basados en que al contestar el traslado relacionado con la apelación del auto por el cual el Juzgado 1º Penal de este Circuito ordenó expedirle a quien no es parte del proceso, copia de algunos documentos que figuran en el sumario, se anticipó a conceptuar sobre el fondo de la cuestión debatida e incurriendo por lo tanto en el impedimento contemplado por el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

"Al señor Fiscal de la Corporación se le corrió el respectivo traslado para que conceptuara sobre el mérito legal del auto del 25 de enero del año en curso, sometido a revisión por razón del re-

curso de apelación concedido a la parte interesada. La cuestión debatida se relaciona con el punto referente a la expedición de copias decretada en favor del doctor Julio Rodríguez Acosta, quien no figura como parte dentro del informativo, pero es la verdad que el señor colaborador, como se desprende de su vista fiscal, entró en amplias y detenidas alegaciones en el reforzamiento de su tesis de fondo sobre la existencia del delito y sobre la responsabilidad de los sindicados, afirmando que el ilícito por el que fueron denunciados no se hallaba configurado y que por lo mismo resaltaba la inocencia de los denunciados.

"Para la Sala, es evidente que el funcionario recusado al haber entrado a conceptuar sobre un punto extraño al de la apelación, dando un juicio anticipado sobre la no existencia del delito de usurpación de funciones públicas y sobre la inocencia de los sindicados, con base en copias que como es natural, no contienen la totalidad de los elementos probatorios y de juicio que militan en la investigación sumaria, efectuó un prejuzgamiento de algo que es esencial y fundamental en el proceso, como que mira a la esencia misma del problema debatido, en mengua de los intereses de la parte civil y de la propia sociedad, quien le ha confiado la salvaguardia de sus derechos por cuanto su opinión influye desde luego en el criterio del Juez que habrá de calificar el mérito del sumario y porque hace conocer lo que será desde el momento la voz del Ministerio Público".

Contra el mencionado proveído interpuso el señor Fiscal el recurso de reposición, apelando en subsidio. En providencia del 26 de junio último, también con el salvamento de voto del Magistrado doctor Jorge Córdoba, el Tribunal se negó a reponer el auto recurrido y, en su lugar, concedió la apelación subsidiariamente interpuesta.

Esta Sala de la Corte, en providencia fechada el 1º de agosto del presente año, se abstuvo de proveer en el asunto planteado, por considerar que el referido incidente de recusación no había sido tramitado conforme a los preceptos legales que rigen la materia.

Devueltos los autos al Tribunal, éste, en proveído del primero de septiembre último, dispuso:

"Se obedece lo resuelto por el superior.

"Como consecuencia, se declara nulo lo actuado desde el auto de fecha 17 de mayo del año en curso en adelante, folios 23 del negocio, a fin de que, una vez ejecutoriado este auto, pase este asunto al señor Fiscal del Tribunal con el objeto de que manifieste si acepta como ciertos o no los hechos respecto a la recusación que le proponen los doctores Julio César Enríquez y Rogerio Bolaños, en su calidad de apoderados de la parte civil, para intervenir en el negocio de la referenecia".

La respuesta del señor Fiscal se produjo en los siguentes términos:

"Que no puedo ni debo aceptar como ciertos los hechos en que se fundan mis recusantes, en su calidad de apoderados de la parte civil, por extemporánea y absurda como traté de demostrarlo en mi memorial del 31 de mayo, que ahora reproduzco en lo pertinente y por lo mismo fundamentado en esas razones y en el salvamento de voto del señor Magistrado, doctor Córdoba, especialmente en los puntos 3º, 4º y 5º, abrigo la esperanza que la Sala cumpla su deber, ya que a este proceso se le ha dado la tramitación legal. En efecto: Por auto del 17 de marzo de este año, se ordenó correrme traslado, cumplido éste no hay más remedio que fallar o apartándose de mi vista o acogiéndola en todo o en parte. Pero es del todo impertinente aceptar una recusación de un concepto ya proferido en mi calidad de parte, como representante de la ley y en favor de los sagrados derechos de la sociedad.

"Sea esta la oportunidad para que la Sala enmiende la cantidad de errores cometidos después del llamado incidente de recusación, para que la justicia tenga cumplido efecto".

Insistiendo en sus ya conocidos puntos de vista, el Tribunal, en providencia del 6 de octubre último, "declara que el señor Fiscal... queda separado para seguir conociendo de este proceso, y en consecuencia, ofíciese a la Gobernación del Departamento para que designe el Fiscal interino que deba actuar en él".

Esta resolución se produjo, como en las anteriores oportunidades, con el salvamento de voto del Magistrado doctor Córdoba, cuyas razones de disentimiento, en lo fundamental, fueron expuestas en la siguiente forma:

"*Primera.* Bajo dos modalidades puede presentarse este incidente: la primera ocurre cuando el funcionario en quien concurre alguna de las causales previstas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal resuelve de manera espontánea manifestar la existencia del impedimento, y la segunda ocurre cuando existiendo una de esas causales el funcionario no hace manifestación del impedimento y alguna de las

partes la propone, caso en el cual hay propiamente incidente de recusación. En esencia, pues, las causas de impedimento y recusación son las mismas hasta el punto de que se identifican; su doble denominación se establece en cuanto al sujeto procesal que puede usarlas y en este sentido en cuanto son motivos para que el Juez manifieste su incapacidad para intervenir, se denominan causas de impedimento y en cuanto son exhibidas por las partes para obtener la exclusión del funcionario sospechoso, se denominan de recusación".

"*Segunda.* Según la doctrina anterior para que prospere, pues, una causal de recusación, se requiere como presupuesto esencial que el funcionario recusado en quien concurre previamente alguna causal de impedimento no se hubiera declarado impedido o por cualquier circunstancia se negara a hacerlo, caso en el cual únicamente surge en las partes o en los interesados el derecho a formular la correspondiente recusación. Por esto el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal determina expresamente:

"Si el Juez o Magistrado en quien concurre alguna de las causales de recusación *no se declare impedido* (se subraya), cualquiera de las partes podrá recusarlo en cualquier estado del proceso, hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia".

"*Tercera.* En este orden de conceptos y con aplicación de esta norma al caso que se ventila, es elemental observar que el señor Fiscal de la Corporación al pronunciar su vista de fecha 14 de abril de este año, no había incurrido en la causal de impedimento prevista en el numeral 4º del artículo 73, porque para ello se requería que hubiera emitido con anterioridad su concepto u opinión acerca de la cuestión penal debatida, lo cual no está acreditado, pero ni tampoco podía surgir la causal de impedimento invocada con posterioridad al pronunciamiento de su vista, porque ya no tenía oportunidad legal de manifestar su impedimento, desde luego que dadas la naturaleza e índole del problema penal sometido a su consideración, toda posibilidad de manifestarlo se le había cerrado, por la sencilla razón de que en el caso sub-judice se reducía únicamente a saber si era o no del caso expedir unas copias a persona que no era parte en el proceso, incidente que necesariamente debía precluír definitivamente con la intervención fiscal y el respectivo auto del Tribunal confirmatorio o revocatorio de la providencia del inferior, por lo cual el señor Fiscal estaba o está en la imposibilidad de manifestar cualquier impedimento y por ende cerrado el camino para una recusación en este incidente procesal, máxime si se tiene en cuenta que en la precisa cuestión penal debatida la opinión del señor Fiscal está en un todo de acuerdo con la petición original de los señores abogados que recurren en apelación y que hoy lo recusan".

Al notificarse de la mencionada providencia del 6 de octubre del corriente año, el señor Fiscal interpuso contra ella el recurso de apelación, el cual le fue concedido mediante auto fechado el 20 del mismo mes.

Se considera:

Cabe observar en primer lugar que cuando, como en el presente caso, el Fiscal de un Tribunal rechaza la recusación contra él propuesta y la Corporación que califica el incidente la declara fundada, debe el calificador, en la misma providencia, ordenar el envío de los autos a la Corte para que ésta decida de plano el asunto. Si en tal forma se hubiese procedido, se habría evitado el recurso de apelación interpuesto por el funcionario recusado, exótico dentro de las normas procedimentales que regulan esta clase de incidentes. La Corte no decide de un impedimento o recusación en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el primero, o de ser fundada la segunda, cuando ésta ha sido rechazada por el funcionario a quien se recusa.

No obstante la omisión apuntada, con un criterio de economía procesal y por la razón que acaba de expresarse, la Sala decidirá ahora sobre el fondo de la cuestión planteada. Y para hacerlo le basta prohijar, en lo fundamental, los argumentos tan razonablemente expuestos por el Magistrado disidente. En efecto, para que el consejo o la opinión a que se refiere, entre otros supuestos, el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, puedan válidamente invocarse como causal de impedimento o recusación, se necesita que aquéllos hayan sido dados o manifestados *con anterioridad*, y que, además, entrañen un concepto de fondo sobre el problema que se debate, porque la ley, basada en la experiencia general de que los hombres tratan de persistir en el criterio que han adoptado tras madura reflexión y análisis, lo que esencialmente quiere evitar en tales casos es que el fenómeno aludido pueda quebrantar, en un momento dado, la imparcialidad y rectitud de los encargados de administrar justicia, o de quienes con estos colaboran.

Es obvio, por tanto, que el motivo de recusación invocado en el caso sub-judice es extempo-

ráneo. Podría ser viable en el futuro, pero no ahora.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, decide, de plano, que es *infundada* la recusación a que se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIOS EN CONCURSO MATERIAL, DENTRO DE LA MODALIDAD DE ASESINATO

Circunstancias de menor peligrosidad. Veredictos. Invocación de las causales 1ª, 2ª, 4ª y 7ª de casación penal.

1. Los procesados fueron llamados a juicio por dos homicidios en concurso material, ambos dentro de la modalidad de asesinato, ya que se estimó que los habían consumado "con sevicia y aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraban las víctimas". En estas condiciones condenó el Jurado y entonces, al ser acogidos los veredictos, necesariamente tenían que aplicarse el artículo 363 del Código Penal, que trata del asesinato, y el 33 de la misma obra, que se refiere al concurso material. De otra parte, ninguno de los sentenciados fue condenado a la pena máxima que conforme al artículo 45 ibídem, habría sido la de veinticuatro años de presidio, lo que quiere decir que se tuvieron en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad que concurrían a favor de cada uno de ellos. Tampoco, en consecuencia se violaron, por indebida aplicación, los artículos 38 y 39 del citado estatuto.

2. Para que un veredicto pueda revestir el carácter de contradictorio es condición indispensable que contenga, cuando menos, dos proposiciones que, de otra parte, se nieguen entre sí. En el caso de autos no se contempla esa situación, puesto que los veredictos fueron consignados por medio de una sola proposición, la cual se expresó, respecto de cada uno de los procesados, con la simple frase: "Sí es responsable". En estos términos no puede prosperar la causal 7ª de casación, invocada.

Los tres procesados a quienes se juzgó fueron llamados a juicio como coautores de los dos delitos a que se contrae el expediente y en esa misma forma los responsabilizó el Jurado. De consiguiente, como los veredictos fueron acogidos, tenía que aplicarse el artículo 19 del Código Penal. Ese texto legal, por lo mismo, no se violó, como se supone en la demanda que es materia de estudio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, trece de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 29 de septiembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a los señores Espíritu Romero Ducuara, Francisco Serrato Peña y Félix Godoy Rodríguez, como responsables de los delitos de homicidio en Miguel y Belisario Vanegas, a la pena de *veintidós años de presidio* cada uno y accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES:

El proceso se contrae a los hechos ocurridos en la fracción rural de "Montoso", dentro de la Inspección de Policía de Aco, comprensión del Municipio de Prado, en uno de los días del 18 al 22 de diciembre de 1956, en cuyo desarrollo fueron muertos el señor Miguel Vanegas y su menor hijo Belisario Vanegas, hechos en orden a los cuales el Juzgado 2º Superior de Ibagué, en auto del 29 de marzo de 1958, llamó a juicio a los señores Espíritu Romero Ducuara, Francisco Serrato Peña y Félix Godoy Rodríguez, determinación que el Tribunal Superior de la

misma ciudad confirmó en su providencia del 1º de abril de 1959.

Acorde con esa vocación a juicio, llegada la oportunidad legal, se propuso al Jurado con respecto a cada uno de los tres procesados un cuestionario redactado en los siguientes términos:

"El acusado, Francisco Serrato Peña ¿es responsable de haber causado la muerte, con el propósito de matar, en asocio de otras personas, a Belisario y Miguel Vanegas, por medio de heridas ocasionadas con arma cortante y pesada (machete) y de fuego, hecho cometido por el procesado con sevicia y aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraban las víctimas y lo cual tuvo lugar en alguno de los días comprendidos del 18 al 22 de diciembre del año de mil novecientos cincuenta y seis, en la fracción de 'Montoso', Inspección de Policía de Aco, Municipio de Prado, dentro de la comprensión de este Distrito Judicial?"

La respuesta a este cuestionario, lo mismo que para los otros dos, exactamente iguales al que se acaba de copiar, fue por unanimidad, así: *"Sí es responsable"*.

El Juzgado, en sentencia del 29 de abril del año pasado, con fundamento en el veredicto del Jurado, condenó a los tres procesados a la pena de veintidós años de presidio cada uno y les impuso las penas accesorias correspondientes, fallo que el Tribunal Superior de la expresada ciudad confirmó en el suyo del 29 de septiembre, también del año pasado, el cual fue recurrido por los acusados señores Espíritu Romero y Francisco Serrato, quienes en tiempo y por conducto de sus respectivos apoderados, presentaron las correspondientes demandas de casación, demandas que en su forma reúnen las exigencias legales.

DEMANDA DE ESPIRITU ROMERO:

En la demanda del señor Espíritu Romero se formulan al fallo acusado, con apoyo en la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, tres cargos, a saber:

a) El señor Romero Ducuara fue juzgado, con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, sin el lleno de las formalidades del juicio que correspondía a su caso, puesto que "de autos aparece que a los sindicados se les hizo (sic) ofertas, con palabras engañosas, promesas y se les comunicó ofreciéndoles la libertad para obtener una confesión diferente y perjudicial", fuera de que se incurrió además, en otra nulidad por incompetencia de jurisdicción en fuerza de que el proceso fue instruído "por la justicia penal militar, sin previa resolución, ni autorización legal alguna", la cual "no podía intervenir en este negocio por no ser de su incumbencia, ya que era la Justicia Ordinaria la encargada de instruír y fallar dicho asunto".

b) El mismo Romero Ducuara "durante la tramitación del proceso ...estuvo huérfano de defensa", en orden a que aparece "comprobado que los apoderados y defensores fueron una especie de 'convidados de piedra' que se limitaron a firmar las notificaciones de las providencias producidas por los juzgadores de instancia, sin que ninguna de ellas fuera impugnada por los defensores".

c) La sentencia impugnada quebranta los artículos 294, 356, 202, 204, 273, 277, 282, 295, 314, 351, del Código de Procedimiento Penal.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 567 se sostiene que se violaron, por indebida aplicación, los artículos 38, 39, 33 y 363, del Código Penal, tesis que se plantea conforme al siguiente razonamiento:

"El Tribunal violó igualmente el artículo 39 del Código Penal, al aplicar indebidamente al caso de autos, ya que dicha norma sustantiva operante para el caso de que concurran "únicamente circunstancias de mayor peligrosidad" con lo cual se concluye que dicha norma solo es aplicable en un caso donde no aparezca ninguna circunstancia de menor peligrosidad de las contempladas en el artículo 38 del Código Penal y en el caso sub-judice ya vemos que están plenamente probadas, que concurren varias de menor peligrosidad, las que hacían inoperante la agravación consagrada en el citado artículo 38 del Código Penal. Como consecuencia de lo anterior, está demostrado que en la sentencia se interpretó erróneamente el artículo 38 del Código Penal, que incidió en violación indirecta del artículo 363, y del 33 de la misma obra, ya que mi defendido no era merecedor de la pena de 22 años de presidio, sino a la pena mínima de 15 años".

EXAMEN DE LA DEMANDA DE ROMERO

Como es comprensible, los asertos que contiene la demanda del procesado señor Espíritu Romero, respecto al origen viciado de la confesión de los procesados, tienden a presentar que esa prueba fue valorada, dentro del fallo acusado, en

forma errónea, por cuya razón el ámbito del cargo, conforme a este supuesto, no puede ser el de la causal 4ª de casación sino el de la 2ª, que es la que permite, de acuerdo con su naturaleza y alcances, proponer y tratar el expresado tema. Por lo demás, cabe anotar que en los autos no aparece que los procesados hubieran sido coaccionados para obligarlos a confesar los delitos que protagonizaron, punto que el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal analiza en los términos siguientes, que la Sala comparte:

"Sin vacilación se afirma que carece de toda razón el actor al afirmar que el derecho de defensa de su poderdante fue vulnerado durante el perfeccionamiento del sumario, puesto que la violencia de que se dicen víctimas los acusados, por parte de las autoridades de la justicia penal militar, no pasa de ser una simple invención de los mismos, coreada por sus defensores.

"En efecto, es lo cierto que a partir de la actuación a que aluden los folios 13 y vuelto del cuaderno 1º y hasta el folio 6º del mismo cuaderno (en el que obra el auto a virtud del cual el Comando de la Sexta Brigada, con residencia en Ibagué, resolvió poner a órdenes del Juez Superior (Reparto) de la misma ciudad, a los sindicados Godoy, Romero, González y Serrato, por considerar que, tratándose de la comisión de un doble homicidio, el juzgamiento de este correspondía a la justicia ordinaria), uno y otro de los referidos procesados tuvo oportunidad de hacer las peticiones escritas que entre los citados folios aparecen, y no se encuentra ni vislumbra el menor acto o hecho que pudiera servir para conjeturar siquiera una violencia de la gravedad o clase indicada por los procesados.

"A este mismo respecto, resulta acertadísimo lo que dijera el Juzgado Segundo Superior de Ibagué en sus providencias de los folios 123 y 226 del cuaderno 1º y que consiste en lo siguiente:

'El Juzgado no cree en la intimidación que hubo contra los sindicados en las indagatorias que les fueron recibidas en el Municipio de Dolores pues que de haber sido así, la confesión le hubiera sido arrancada también a los dos hermanos Godoy Rodríguez y está visto que éstos no dijeron nada. Vale la pena también anotar, que Romero Ducuara en el careo con Serrato, si bien en el principio lo acusó de haber disparado, terminó excluyéndolo de esa actividad, modificación que significaba una situación de especial favorabilidad para Serrato Peña. Si el instructor hubiera pretendido perjudicar, violando la ley, a Serrato Peña, no hubiera estampado con tanta claridad, la aclaración en referencia... Por lo demás, el instructor no tenía por qué saber o conocer las condiciones en que el grupo de los cinco actuó en la fracción de "Montoso" para estampar en sus indagatorias hechos no reconocidos por éstos pero que más tarde vinieron a resultar con una coincidencial similitud".

Con relación a la supuesta incompetencia de jurisdicción de que también se habla al proponer el primer cargo al fallo acusado, mediante la invocación de la causal 4ª, apenas se hace necesario recordar lo que ha dicho la Corte respecto a ese particular, y que es lo siguiente:

"El artículo 69 del mismo código procesal establece que las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente, no son nulas, pues estatuye que la colisión de competencias durante la investigación sumaria ni suspende ésta ni hace que se anule lo actuado" (Auto del 27 de enero de 1950. *Gaceta Judicial,* Tomo 67, pág. 31).

"El hecho de que la investigación la haya iniciado un funcionario público de otra jurisdicción no implica que lo actuado por él carezca de validez. Es una simple información que es preferible ratificar siempre que sea posible y fácil por el funcionario competente, pero que no carga con más consecuencias que las naturales relativas a los defectos que pueda tener" (Auto del 7 de julio de 1947. *Gaceta Judicial,* Tomo 68, pág. 402)".

De manera que no prospera la impugnación en orden al cargo examinado, el cual carece de fundamento, según se deja ampliamente demostrado.

El segundo cargo contra el fallo acusado, cuya reseña se dejó consignada, resulta tan infundado como el anterior. El señor Procurador lo demuestra por medio de las siguientes razones, las cuales, en verdad, son absolutamente indiscutibles:

"Es injusto, por decir lo menos, el cargo que el señor recurrente le hace a sus colegas que actuaron en las instancias, pues él sabe muy bien cómo el patrocinio de un procesado, si bien debe hacerse decididamente, ni implica que deba abandonarse o dejarse a un lado la consiguiente lealtad para con la administración de justicia y para con sus dispensadores, discutiendo o recurriendo de todas aquellas providencias, que, aunque justificadas, legales, comprobadas y fundamentadas, no resultaren favorables a los intereses del procesado, sabiendo que las consecuencias serán adversas y que aún su prestigio y pulcritud profesional pueden verse comprometidos.

"De ahí que muchos abogados defensores que, con toda conciencia y entusiasmo han ejercido

el cargo de tales en las instancias de un juicio, se abstengan de proponer y, naturalmente, de llevar adelante y tratar de sostener un recurso extraordinario de casación o de revisión, cuando, en su leal saber y entender, no han de tener esas impugnaciones otra consecuencia que la de entrabar la recta administración de justicia.

"Es de suponer también que el señor demandante no ignore cómo ciertos procesados, a pesar de estar representados legalmente, por sí mismos intentan adelantar su defensa, con lo que muchas veces llegan hasta desvirtuar los propósitos abrigados por sus defensores y a prescindir de éstos.

"Y una prueba de que tal cosa ocurrió aquí, son los memoriales que aparecen agregados al expediente, con los cuales se pide 'vista del proceso'. Y son también otros escritos, concebidos a espaldas del abogado y a virtud de los cuales y contrariando los más elementales principios de defensa, se solicitó el otorgamiento de una gracia al Tribunal del mismo nombre, con lo que se presuponía el reconocimiento de la consiguiente responsabilidad.

"Ciertamente que en este caso no se ofrece la situación prevista por la jurisprudencia de la honorable Corte, porque el patrocinado por el doctor Carvajal Navia, ni los demás procesados, eran incapaces de defenderse por sí mismos, pues buena prueba de ello obra en el proceso. Y tampoco carecieron de abogados al verificarse las más importantes actuaciones del proceso, como por ejemplo, durante la celebración de las audiencias".

El tercer cargo, aducido conforme la causal 4ª, no procede tenerlo en cuenta, precisamente porque apenas se enuncia, sin ensayar la más mínima demostración.

Como se indicó, el cargo al fallo impugnado, con invocación de la causal 1ª, se plantea sobre la base de que se violaron, por indebida aplicación, los artículos 363, 33, 38 y 39 del Código Penal, lo que en verdad no resulta exacto.

En efecto, los procesados fueron llamados a juicio por dos homicidios en concurso material, ambos dentro de la modalidad de asesinato, ya que se estimó que los habían consumado "con sevicia y aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraban las víctimas". En estas condiciones condenó el Jurado y entonces, al ser acogidos los veredictos, necesariamente tenían que aplicarse el artículo 363 del Código Penal, que trata del asesinato, y el 33 de la misma obra, que se refiere al concurso material. De otra parte, ninguno de los sentenciados fue condenado a la pena máxima, que conforme al artículo 45 ibídem, habría sido la de veinticuatro años de presidio, lo que quiere decir que se tuvieron en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad que concurrían a favor de cada uno de ellos. Tampoco, en consecuencia, se violaron, por indebida aplicación, los artículos 38 y 39 del citado estatuto.

DEMANDA DE FRANCISCO SERRATO:

En la demanda del procesado señor Francisco Serrato se acusa el fallo impugnado con invocación, en primer término, de la causal 4ª de casación, a cuyo amparo se formulan varias apreciaciones para luego sentar "que se hizo tabla rasa del mandato constitucional que dice que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio y previo el cumplimiento de las formas de cada juicio". Esas apreciaciones son las que siguen:

a) No se determinó el día de la muerte de los señores Miguel Vanegas y Belisario Vanegas;

b) No se practicó diligencia del levantamiento de los cadáveres ni se reconocieron;

c) Los cadáveres no fueron sometidos a autopsia "para determinar las causas de la muerte";

d) No se hizo inhumación de los cadáveres;

e) No hubo reconocimiento en rueda de presos con respecto a los incriminados;

f) "Se entregó el expediente a la Justicia Militar y se puso a órdenes de ella a los sindicados sin mediar comisión alguna de Juez competente";

g) El funcionario de la Justicia Militar, sin jurisdicción y "saliendo de todo límite legal", practicó numerosas pruebas y "con tremendas amenazas logró una falsa confesión de los sindicados";

h) Los médicos legistas conceptuaron sobre las causas de la muerte de los Vanegas con base en declaraciones en las que no existe concordancia y, por lo tanto, su dictamen "es perfectamente anticientífico y completamente infundado";

i) El funcionario de la Justicia Militar dictó auto de detención, "careciendo de facultad para ejecutar actos jurídicos jurisdiccionales";

j) El llamamiento a juicio violó el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, ya que se produjo sin la prueba plena del cuerpo del delito;

k) En la segunda instancia no se notificó personalmente a los defensores el auto de que trata

el artículo 541, del Código de Procedimiento Penal, referido a traslado del proceso para los efectos de poder solicitar pruebas, y

1) En los cuestionarios sometidos al Jurado no se determinó "con exactitud el día en que ocurrieron los hechos en que se dicen fueron muertos los Vanegas".

La causal 7ª de casación, que es la que se aduce en segundo término, se plantea diciendo que la sentencia acusada se dictó sobre un veredicto contradictorio.

Por último, la causal 1ª de casación se propone sobre la base de que, en sentir del recurrente, se violaron los artículos 19, 36, 39, 362 y 363 del Código Penal, por aplicación indebida, punto en cuyo desarrollo el recurrente emite el siguiente concepto, que condensa sus ideas:

"Consecuencia de las irregularidades procesales y de la interpretación errónea de los hechos del proceso, así como de la aceptación de un veredicto contraevidente es la violación de la ley sustantiva. Por eso debe ser casado el fallo porque en este caso no cabía la aplicación de ella".

EXAMEN DE LA DEMANDA DE SERRATO:

Aunque en el proceso la prueba señala que los señores Miguel y Belisario Vanegas perdieron la vida el 19 de diciembre de 1956, teniendo en cuenta que algunos testigos aluden a que ello pudo ocurrir en día distinto pero de todas maneras entre el 18 y 22 del mes citado, al determinar, dentro del auto de proceder y, por lo tanto, en los cuestionarios sometidos al Jurado, la fecha de los delitos se planteó que habían tenido "lugar en alguno de los días comprendidos del 18 al 22" del expresado mes, cuestión que, como es obvio, no puede tomarse como base para la configuración, siquiera en principio, de una nulidad, mucho menos de carácter constitucional, como lo pretende el recurrente, sin advertir ni tomar nota de la reiterada jurisprudencia de la Corte respecto al tema en estudio y que se condensa en lo siguiente:

"No hay nulidad del juicio por error en cuanto a la época del delito cuando lo que ha ocurrido es imposibilidad de determinar matemáticamente su fecha" (Cas. 1º de febrero de 1944, LVII, 177; 9 de mayo de 1950, LXVII, 282)".

El cargo reseñado en el literal a) carece, pues, de fundamento.

Los cargos de que tratan los literales b), c), d), h) y j) se refieren al cuerpo del delito y, más particularmente, a la prueba con respecto a la materialidad de los dos homicidios que dan base a la sentencia acusada. En estos términos el tema no podía proponerse a través de la causal 4ª, como equivocadamente se hace en la demanda, sino de la 2ª, la cual no es invocable, en general, con relación a juicios en que interviene el Jurado. Con todo, cabe recoger, por encontrarse acertado, lo siguiente que corresponde al concepto del señor Procurador:

"Por lo que hace a los cargos distinguidos con las letras b), c) y d), vale anotar que el auto de enjuiciamiento y el confirmatorio de éste y los fallos de una y otra instancia, hacen referencia precisa a los puntos de que tratan los mismos cargos. Así se sabe que la autopsia que no pudo practicarse, quedó suplida legalmente con el dictamen, del folio 203, el cual se basa en la abundante prueba testimonial que le sirvió a los peritos para expresar sus conclusiones en torno a la causa de la muerte de las víctimas de autos. Además, el acervo probatorio no ofrece duda alguna en relación con la material existencia de los homicidios imputados".

La omisión del reconocimiento en rueda de presos a que se refiere el literal e), tampoco es materia de la causal 4ª, y debe observarse que esa diligencia, como lo anota el señor Procurador, no era necesaria, "ya que los sindicados no negaron, al rendir una y otra de las indagatorias a que fueron sometidos, haber estado en el teatro de los sucesos". De modo que el cargo no procede, cualquiera que sea el lado por donde se le mire.

La materia a que se contraen los literales g), f), e i), referida a la intervención de la Justicia Penal Militar en el proceso, fue tratada al examinar la demanda del acusado señor Espíritu Romero, donde se plantea el mismo tema. Por lo tanto, no es necesario volver sobre ella, lo que implicaría una redundancia, y apenas cabe observar que las razones allí consignadas son valederas para estimar improcedentes los cargos de los literales señalados.

En el auto del 7 de junio del año pasado, visible al folio 355 del cuaderno principal del expediente, el tribunal de Ibagué, además de disponer el traslado al señor Fiscal "para que manifieste si tiene pruebas que solicitar" ordenó que devuelto el expediente permaneciera en la Secretaría "por el término de diez días para que las otras partes ejerzan el mismo derecho", vale decir, el de solicitar pruebas. Y al dorso de ese folio aparece la constancia respecto a la notificación de aquel auto tanto al señor Fiscal como a los defensores de los procesados y a éstos, cum-

plida en forma personal. En estas condiciones claramente se comprende que carece de fundamento el cargo a que se contrae el literal k).

Los cuestionarios se redactaron, como era de suyo obligado, de acuerdo con el auto de proceder, en donde se planteó, sin incurrir ni siquiera en una simple irregularidad, según quedó demostrado atrás, que los hechos en que perdieron la vida los señores Miguel y Belisario Vanegas habían tenido "lugar en alguno de los días comprendidos del 18 al 22 de diciembre de 1956". En estos términos bien se echa de ver que el cargo del literal l), como todos los anteriores, carece de fundamento.

Las razones expuestas permiten concluír, sin ningún esfuerzo, en que la causal 4ª de casación, examinada a través de cada uno de los cargos que se formulan con apoyo en ella, no puede prosperar.

Como es obvio, para que un veredicto pueda revestir el carácter de contradictorio es condición indispensable que contenga, cuando menos, dos proposiciones que, de otra parte, se nieguen entre sí. En el caso de autos no se contempla esa situación, puesto que los veredictos fueron consignados por medio de una sola proposición, la cual se expresó, respecto a cada uno de los procesados, con la simple frase: "*Sí es responsable*". En estos términos no puede prosperar la causal 7ª de casación, invocada en segundo término.

Los tres procesados a quienes se juzgó fueron llamados a juicio como coautores de los dos delitos a que se contrae el expediente y en esa misma forma los responsabilizó el Jurado. De consiguiente, como los veredictos fueron acogidos, tenía que aplicarse el artículo 19 del Código Penal. Ese texto legal, por lo mismo, no se violó, como se supone en la demanda que es materia de estudio.

El recurrente en manera alguna demuestra la pretendida violación del artículo 36 de la citada obra, y la verdad es que semejante texto legal no se perdió de vista en la expedición de la sentencia acusada.

Ninguno de los procesados fue condenado a la pena máxima prevista para los delitos que llevaron a cabo. Por lo tanto resulta imposible hablar de violación del artículo 39 del predicho estatuto.

Los artículos 362 y 363 del Código Penal tenían que ser aplicados en consideración a los veredictos del Jurado con respecto a cada uno de los procesados. Pretender lo contrario sería desconocer que fueron condenados por homicidio en la denominación de asesinato.

Síguese de lo anterior que, contra lo que supone el recurrente al invocar la causal 1ª de casación, no se violó ninguna norma sustantiva de las indicadas y a las que se ha hecho referencia. Por lo demás, en vía de demostrar la improcedencia de esta causal, es del caso reproducir lo que en relación con ella expresa el señor Procurador y que es lo siguiente, por cierto muy atinado:

"*Causal primera.* Errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal.

"Aunque el actor, en el primer párrafo de su escrito relativo a este otro motivo de impugnación, anuncia que la acusación al fallo comprende los dos eventos previstos por la causal primera, es lo cierto que al fin de cuentas no habla sino de una pretendida aplicación indebida de la ley penal.

"Y es evidente, asimismo, que esta causal primera la aduce como subsidiaria o consecuencial de las dos anteriores.

En efecto dice así:

"Tanto en los hechos de esta demanda como en el primer cargo demostré que no está probado en autos el hecho de la muerte de los señores Vanegas, ni menos que ese hecho criminoso lo hubiera cometido mi defendido en asocio de otras personas".

"Con tal razonamiento, si se quiere, da a entender que los señores Vanegas, padre e hijo, aún están vivos, y que la prueba, estimada por el Jurado y objetable únicamente por medio de la causal segunda de casación (que no tiene cabida en el presente caso), en nada compromete a su defendido.

"Ni existe la partida de bautismo (sic) de los supuestos muertos, ni su partida de defunción, ni la diligencia de levantamiento de los cadáveres ni la autopsia. Existen declaraciones de personas que dicen que los vieron muertos.

"..... ....

"Con base en declaraciones contradictorias, como ya dije, no se puede establecer ese hecho procesal sobre el cual la ley exige la plena prueba con base en ellas y en un *veredicto abiertamente contra-evidente* (lo subrayado es de la Procuraduría) no se puede aplicar condena...

"..... ....

"Consecuencia de las irregularidades procesales y de la *interpretación errónea de los hechos del proceso,* así como de la aceptación de un ve-

redicto CONTRAEVIDENTE (subrayados y mayúsculas de la Procuraduría) es la violación de la ley sustantiva'.

"Bien se ve, con la transcripción que acaba de hacerse, que el doctor Aya Z. incurre en el error de confundir un veredicto contradictorio con uno contraevidente. Y también yerra al afirmar que contraevidente es el que fue emitido en este proceso, pues tal clase de afirmación no es susceptible de tener en cuenta en casación, porque lo relativo a la contraevidencia de un fallo de hecho, es cosa simplemente analizable durante las instancias de un juicio.

"Finalmente, puede decirse que al repetir el señor demandante las razones ofrecidas cuando trató de la causal cuarta (razones que, en entender de este Despacho, han sido refutadas) su nueva pretensión de que sea infirmado el fallo con base en la causal primera, debe ser rechazada también".

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *desecha* el recurso de casación propuesto por los procesados Espíritu Romero Ducuara y Francisco Serrato Peña contra la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA. IRREPROCHABILIDAD PENAL DE LA CONDUCTA, CON BASE EN UN ERROR ESENCIAL DE HECHO. ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS POR LOS FALLADORES DE INSTANCIA. CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

Ante las deficiencias que presenta el cuadro probatorio del proceso, no es posible llegar a una conclusión distinta a la de que la conducta del procesado en el caso de autos fue determinada por la creencia equivocada, pero razonable, de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto, presupuestos que estructuran, en esencia, la justificante alegada por el recurrente, vale decir, una legítima defensa subjetiva o putativa. En otros términos: el procesado obró bajo el imperio del miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente, exagerado en su ánimo por la exaltación psíquica que en aquellos momentos padecía. Y "esa aparente proporcionalidad entre la agresión que se espera y la reacción con que se rechaza —ha dicho la Corte— es lo que otorga a la legítima defensa putativa la subjetividad que coloca la acción dentro de los presupuestos necesarios para la irreprochabilidad penal de la conducta, con base en un error esencial de hecho, que por no provenir de negligencia, indica que el agente obra non contra jus, **esto es, sin antijuridicidad, comoquiera que está comprendido dentro del marco legal que el Código Penal establece en el ordinal 2º del artículo 23" (Casación. Sentencia del 20 de abril de 1961).**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del quince (15) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Eduardo Babativa a la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas, en su orden, Manuel Salvador Aguirre y Gustavo Rodríguez.

HECHOS

Estima la Sala que los hechos generadores del proceso se hallan relatados acertadamente en el fallo de primera instancia:

"Por motivo de las campañas pacifistas que las autoridades de los Municipios han venido adelantando, el Alcalde de Falan concurrió a la fracción de 'Buenos Aires' el tres de octubre último (año de 1959, aclara la Corte) y en casa de Otoniel Martínez celebró una reunión con las gentes de la región y les explicó la política de convivencia que el Gobierno propicia, así como los dirigentes de los dos partidos. Al retirarse el burgomaestre del lugar, y ya entre cinco y seis de la tarde, Eduardo Babativa, de quien se dice en el proceso que es uno de los capitanes de la cruzada pacifista, por su cuenta y riesgo quiso continuar en la prédica en que antes había estado empeñado el Alcalde, pero como allí estuviesen presentes individuos que él consideraba peligrosos y contrarios al movimiento contra los violentos en el cual él fervorosamente participaba y quizás por su escasa cultura y comprensión del tema, se salió de la cuestión tratada, lanzando indirectas y recriminaciones contra aquellos que él consideraba enemigos de la paz y la tranquilidad y terminó por abalanzarse sobre Gustavo Rodríguez, a quien luego de despojar de la peinilla (machete) con la misma lesionó e inmediatamente asestó mortal puñalada en el estómago a Manuel Salvador Aguirre por cuya

consecuencia este agredido falleció instantes después, habiendo levantado su cadáver el Inspector Departamental de Policía de Palocabildo.

"El sindicado Babativa se revela de autos como hijo natural de Evangelina Babativa, nacido en Gachetá (Cund.), vecino de Falan, de 56 años de edad, casado con Ana Rosa Chítiva, de profesión agricultor y con antecedentes judiciales".

FALLOS DE PRIMERO Y SEGUNDO GRADO

Al proceso se le imprimió el trámite consagrado en el Decreto número 0012 del 4 de junio de 1959 y, consecuentemente, previa clausura de la investigación y traslado a las partes para alegar de conclusión, con fecha 15 de marzo de 1960 el Juez Segundo Superior de Ibagué profirió la sentencia de primer grado, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Condénase a Eduardo Babativa, de las condiciones civiles anotadas en esta providencia, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Manuel Salvador Aguirre Colina y lesiones personales en Gustavo Rodríguez, hecho que tuvo lugar en las últimas horas de la tarde del tres de octubre del año próximo pasado en la fracción de 'Buenos Aires' del Municipio de Falan, a purgar la pena de *nueve (9) años* y *seis (6) meses* de presidio que purgará en el establecimiento de castigo que designe la Dirección General de Prisiones y a pagar, en abstracto, el valor de los perjuicios civiles ocasionados con los delitos y a las siguientes penas accesorias: pago de las costas procesales, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal impuesta, pérdida de la patria potestad, si la tuviere, publicación especial de esta sentencia y pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial.

"Niégase al sentenciado antes nombrado la suspensión de la ejecución de la sentencia y el perdón judicial.

"Compúlsese copia de lo indispensable y remítase al señor Juez Penal del Circuito de Honda para que se investigue el delito de falso testimonio en que hubiera incurrido Luis Miguel Garzón Romero".

En la sentencia recurrida el Tribunal reformó el fallo del *a-quo* en el sentido ya expresado, y, también, en el de "extender la investigación por el delito de falso testimonio a Adonaí Martínez y Serafín Torres". En lo demás fue confirmado.

El sentenciador de segundo grado, después de referirse a los elementos de juicio que estimó fundamentales, apoya su decisión en las siguientes consideraciones:

"En la investigación que ha dado lugar al presente proceso se infringieron los artículos 362 y 371 del Código Penal, que tratan de los delitos de homicidio y lesiones personales; cuyos elementos objetivos o materiales están comprobados con la diligencia del levantamiento del cadáver y la partida de defunción de Manuel Salvador Aguirre Colina de una parte, y con el reconocimiento médico legal y el testimonio de las personas que presenciaron los hechos de la otra parte; bastando solamente por estudiar el aspecto de la responsabilidad, la calificación de los delitos y la pena que le pueda corresponder al procesado.

"Es un hecho cierto que Eduardo Babativa suprimió la vida de Manuel Salvador Aguirre Colina y lesionó el cuerpo de Gustavo Rodríguez, mediante el empleo de arma cortante y pesada, por cuanto así lo confiesa el mismo procesado y lo atestiguan las personas que presenciaron total o parcialmente la ejecución de los hechos, aun los testigos que con sus declaraciones pretenden favorecer a Babativa.

"Sobre el reparo que el defensor hace a la providencia tendiente a obtener a favor de su defendido la modalidad de la ira o el intenso dolor producido por la sustracción de la bestia mular, en tiempo anterior, se puede afirmar que aparece meridianamente que Eduardo Babativa al calor de sus copas y con un extremado entusiasmo por predicar la pacificación de su región, se descontroló demasiado al llegar a su pensamiento dicha pérdida, y en un momento de ímpetu producido por la actualización del extravío del animal se lanzó contra Aguirre Colina y Rodríguez con las consecuencias ya conocidas; y entonces hay que tener en cuenta que Eduardo Babativa con la misión que él mismo se había impuesto y que a su turno tomaba a pecho, no es persona peligrosa y antes por el contrario se trata de un ciudadano que quiso hacer imperar la tranquilidad de su campo, y por otra parte hay que pensar en que un trabajador honrado y pertinaz en sus labores cotidianas sufre en su más profunda intimidad los rigores de la más mínima pérdida que quizás representa para él y su familia un buen tiempo de trabajo y sacrificios; y aun cuando no se justifica su reacción desde el punto de vista de haber procedido contra Aguirre y Rodríguez con la violencia con que lo hizo, sí se explica que hubiera obrado en ese estado de ira pero con la ausencia de la grave e injusta provocación que el artículo 28 del Código Penal exige como cir-

cunstancia modificadora del delito, pero en cambio dicha situación debe anotársele a favor del procesado como circunstancia de menor peligrosidad (numeral 3º del art. 38 del C. P.); y también a su favor existe la otra circunstancia contenida en el numeral 5º, por encontrarse el procesado en estado de embriaguez voluntaria no preordenada.

"Como existe el concurso material de que habla el artículo 33 del Código Penal, por haberse cometido no solamente el delito de homicidio sino también el de lesiones personales, cabe en forma igual dar aplicación a esta norma, que a su turno la tuvo en cuenta el funcionario de primera instancia.

"En vista de que contra el procesado existe la circunstancia de mayor peligrosidad contenida en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal por haber sido sentenciado con anterioridad por el delito de lesiones personales, no se puede partir del mínimo de sanción que impone el artículo 362 del Código Penal, es decir de 8 años de presidio, debiéndose aumentar entonces por este aspecto dos meses más, pues ya se ha dicho que a su favor está el que obró en ímpetu de ira y en estado de embriaguez voluntaria no preordenada del delito; con el aumento de cuatro meses más por concepto de la acumulación del delito de lesiones personales, quedando entonces el procesado con una pena de ocho años y seis meses de presidio".

El fallo del Tribunal se acusa con fundamento único en la segunda de las causales de casación previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. El planteamiento genérico de los cargos está formulado así:

"La sentencia que condenó a Eduardo Babativa considerándolo como autor del delito de homicidio de la cual (sic) fue el sujeto pasivo Manuel Salvador Aguirre Colina, incurrió en grave error de hecho al atribuírle un valor que no tienen las pruebas y negarles otro que en realidad sí tienen; asimismo no se valoró en la sentencia a pesar de estar acreditada en el proceso las pruebas (sic) de convicción que sirven de base para determinar los elementos constitutivos del delito ni las que sirven para probar circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad".

Considera el demandante que los testimonios de Libardo Romero (f. 9), David Rueda (fs. 10 y 11), José Antonio Díaz (f. 12) y Federico Gómez (f. 14), en los cuales fundamentalmente se apoya el fallo acusado para afirmar la responsabilidad penal del reo, carecen de verdadera idoneidad incriminativa, porque al menos algunos de tales declarantes tenían fama de bandoleros o maleantes en la región en donde ocurrieron los hechos a que se contrae el proceso. Sobre el particular dice el recurrente:

"De las deposiciones rendidas por los testigos Uravio (sic) Reyes, Gratiniano Díaz, Saúl Avendaño, Emilio Maldonado, Domingo Avendaño, Abigaíl Linares, Luis Alvaro Cárdenas, Aníbal Cárdenas y Pablo Velásquez, se deduce que por lo menos algunos de los declarantes, entre ellos Libardo Romero y José Antonio Díaz, pertenecían a las cuadrillas de bandoleros de 'La Playa', cuya personalidad está equiparada e igualada con los conceptos que sobre la personalidad de Manuel Salvador Aguirre y Gustavo Rodríguez tenían las gentes de la región sobre su alta peligrosidad, para desembocar a los de que el sindicado Eduardo Babativa conocedor de la región, y de una manera amplia y varonil los había denunciado a las autoridades como elementos maleantes y perturbadores de la paz". Y agrega en relación con los citados testigos de cargo:

"La forma de declarar estos testigos lleva involucrado el ánimo de complicidad con el compañero muerto, la impunidad en el disfraz de esta pequeña sociedad y algunos de estos testigos, probablemente declararon en esa forma por evitarse complicaciones precisamente con los maleantes vivos que quedaban en pie para respaldar su total encubrimiento". La crítica anterior concluye con las siguientes afirmaciones:

"Señor Magistrado, en los campos existe la 'ley del silencio', y su violación equivale a la pena de muerte, por eso muchos de los testigos que en un principio como el señor Luis Garzón dijo no haber visto nada y los otros que declararon en forma conteste no se les debe tener en cuenta estas declaraciones ya que su apreciación a la luz de la crítica del testimonio, no pueden apreciarse con el lleno de los requisitos del hombre que declara en la ciudad rodeado de todas las garantías de seguridad, porque el hombre del campo y especialmente en el rutinario plan de vida del campesino en los sitios azotados por la violencia y en especial en el Departamento del Tolima en donde declarar o contar a la justicia la realidad de los hechos implica la pena de muerte".

A continuación y en capítulo titulado "Pruebas dejadas de apreciar", insiste en criticar el criterio valorativo de la prueba adoptado por el Tribunal, reiterando la consideración que éste le asigna plena credibilidad al testimonio de sujetos peligrosos como Gustavo Rodríguez (el lesionado), José Antonio Díaz y Libardo Romero, al

paso que se la niega a los de Adonaí Martínez (f. 87), Luis Garzón (fs. 20, 81 y 83), Joaquín Ramírez (f. 84) y Pablo Velásquez, elementos de juicio estos últimos que, respaldando la versión de los hechos suministrados por el procesado, permiten estructurar en el caso de autos una legítima defensa putativa.

El actor expone luego algunas consideraciones de orden jurídico sobre el error esencial de hecho y concluye con el siguiente "resumen del cargo formulado dentro del marco de la causal segunda señalada en el artículo 567":

"1º Impugno la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibágué, proferida en contra de mi representado, en la sustentación de este recurso extraordinario de casación, en razón de que en dicho fallo se le atribuyó un valor probatorio que no tiene a la versión suministrada por Eduardo Babativa en la pieza procesal de su indagatoria, ya que ella tiene su valor intrínseco y debe ser considerada al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal y de la doctrina y jurisprudencia sentada por la honorable Corte Suprema de Justicia.

"2º Está debidamente acreditado en el expediente tanto la personalidad de los sujetos que declararon en favor de Eduardo Babativa, prueba que como se han analizado conllevan (sic) la impugnación de la personalidad de los testigos que como se dijo en el desarrollo del cargo, ocultan los hechos y no fueron testigos oculares de los movimientos de ataque o tentativas hechas por Gustavo Rodríguez.

"3º Dentro de este proceso no solamente con las declaraciones oficiales sino con las declaraciones testimoniales está debidamente acreditada la conducta de mi defendido y estas manifestaciones y estas probanzas no fueron tenidas en cuenta en su favor.

"4º El Tribunal fundó la sentencia condenatoria en los testimonios de cajón rendidos por los sujetos tachados como maleantes, es decir fundándose en las deposiciones de Luis Urrego, Libardo Romero, David Rueda, José Antonio Díaz y Federico Gómez, quienes poseen un alto grado de peligrosidad, y quienes están reconocidos en la región como los maleantes del grupo de 'La Playa'. Es forzoso concluír que en el caso de Eduardo Babativa se le dio a los hechos una interpretación que en sana lógica no se les podía admitir y se les atribuyó un valor probatorio que no tenían, y como consecuencia de este grave error, se produjo por parte del Tribunal Superior de Ibagué una determinación injusta que le acarreó a mi defendido una grave sanción penal.

"De tal manera que la sentencia impugnada incurrió en el error previsto en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal o sea que existe y está completamente demostrada la causal segunda de casación.

"Al no apreciar en debida forma, lógicamente hizo de un lado las circunstancias modificadoras del hecho que encuadran perfectamente dentro del numeral 2º del artículo 23 del Código Penal.

"Solicito en consecuencia de la manera más respetuosa y comedida que se invalide la sentencia y se proceda a dictar la que deba reemplazarla como lo dispone el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su extensa vista, analiza a espacio la prueba de cargo y la que en el proceso obra a favor del incriminado; confronta el balance crítico con la indagatoria del reo y concluye expresando que, en su concepto, "No hay duda de que Babativa obró a causa de un error esencial de hecho, error que determinó la formación en su mente de unos enemigos que blandiendo su arma se le irían a arrojar en trance de eliminarlo, injustamente".

Importa conocer la manera como el señor Procurador resume su pensamiento sobre el caso subjudice:

"Ahora bien: conocidos los hechos que aparecen probados en el proceso, o, al menos, resueltas a favor del reo algunas dudas que en la actualidad son insalvables, es preciso ubicar dentro de las normas penales la conducta de Eduardo Babativa. Para lograr tal propósito este Despacho considera que los siguientes hechos sirven para tipificar el evento cometido por el reo:

"a) Tanto Manuel Salvador Aguirre como Gustavo Rodríguez disfrutaban de fama en el sentido de pertenecer al grupo de los maleantes que producían actos violentos en la región de Falan. Por lo anterior eran considerados como sujetos peligrosos.

"b) Eduardo Babativa a consecuencia de haberse convertido en el colaborador de las autoridades para lograr la pacificación en dicho lugar había obtenido la enemistad de los antisociales y, como es fácil deducirlo, la de Aguirre y Rodríguez, por lo cual es explicable el temor del procesado en el sentido de que querían eliminarlo.

"c) Al verificarse algunos movimientos de Rodríguez en cuanto trataba de hacer uso de la peinilla que portaba al cinto y creyendo Babativa que, seguramente, lo pretendía agredir grave e injustamente en dicho momento se lanzó contra Rodríguez y quitándole dicha arma golpeó a éste (a quien hirió) y lo mismo a Aguirre (quien luego murió a consecuencia de las heridas recibidas, especialmente la inferida en el costado izquierdo).

"d) Babativa hirió a Aguirre porque en su imaginación se creó un peligro inminente para su integridad personal, toda vez que Aguirre disfrutaba de fama como individuo antisocial y altanero, y además Babativa era quien precisamente con más celo había procurado colaborar con las autoridades para perseguir a quienes cometían actos violentos en la región de Falan. Por otra parte, entre Aguirre y Rodríguez existía una gran amistad.

"e) Es cierto, finalmente, que Babativa había ingerido licor o cerveza y que en el establecimiento de Otoniel Martínez estaba lanzando frases irónicas e indirectas contra quienes en días anteriores le habían hurtado un semoviente, fruto de una labor honrada y sufrida, como lo reconoce el Tribunal *ad-quem,* pero también es aceptable que al ver a Rodríguez y Aguirre ejecutar movimientos sospechosos creyera razonablemente que iba a ser víctima de una agresión.

"Si tales son los hechos que permiten definir la situación jurídica de Babativa es preciso analizar la invocación del artículo 23 del Código Penal que el recurrente alega a favor del reo, en cuanto a la demostración en el proceso de la modalidad contemplada en el ordinal 2º y más concretamente por haber obrado Babativa por error esencial de hecho, no proveniente de negligencia. Sobre este particular la Procuraduría se pronuncia en estos términos:

"En doctrina sostenida por el doctor Luis Zafra se afirmó con todo fundamento y acierto que los elementos integrantes de la legítima defensa putativa (cuya ubicación debe hallarse dentro del referido ordinal y art. mencionado) son los siguientes:

'1º. Creencia razonable en el sujeto de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto que en realidad no existe;

'2º Que esa creencia o convicción sea suscitada por un error esencial de hecho no proveniente de negligencia;

'3º Que el peligro imaginario se relacione con el ataque a un bien jurídicamente protegido; y

'4º Que haya proporción entre la violencia supuesta y la reacción defensiva'. (Doctrinas Penales de la Procuraduría correspondiente a 1952, pág. 185).

"El anterior planteamiento que prohija este Despacho requiere, pues, la confrontación de los hechos del proceso con los elementos antes relacionados, para definir si en el caso *sub-judice* se puede conceder a favor de Eduardo Babativa el estado de legítima defensa putativa. Se procede así:

"Halla respaldo suficiente en los autos que el reo Babativa hubiera tenido la creencia razonada de que se hallaba ante un peligro actual, grave e injusto contra su integridad personal, que en verdad, no existió. Los ademanes y movimientos de Aguirre y Rodríguez fueron interpretados por el procesado como la ejecución inmediata de su deseo de eliminar a Babativa, el perseguidor y delator de su conducta de antisociales. Tal peligro, que solo tuvo existencia real en su mente, era grave e injusto, además. En efecto, Rodríguez portaba una peinilla al cinto y trataba de hacer uso de ella; tal arma es a no dudarlo de naturaleza mortal cuando es esgrimida con fuerza. Babativa profería indirectas contra los maleantes, es cierto: pero no las había dirigido contra Aguirre ni Rodríguez, por lo cual la imaginaria agresión de éstos en su mente fue injusta, toda vez que tenía por origen remoto la persecución que Babativa hacía a los antisociales gracias a la colaboración que prestaba a las autoridades.

"Que la anterior creencia tuvo por origen un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia es por igual aceptable. Podrá argüirse que Babativa ha debido evitar lo ocasión de buscar pelea a los lesionados, pero no se olvide que el día de autos precisamente había tenido lugar una concentración en la casa del mismo Otoniel Martínez (donde ocurrieron los hechos investigados) propiciada por las autoridades y con el fin de lograr el entendimiento de los habitantes de la región y evitar la violencia en dicho lugar. Por lo tanto Babativa estaba en tal sitio por imperioso deber de su conciencia de hombre sano y amigo de colaborar en todas las campañas tendientes a lograr la pacificación del lugar donde había ubicado su hogar. Mal podría exigirse que fuera él precisamente quien no tenía por qué hallarse en el establecimiento de Otoniel Martínez. De modo que su conducta, al acudir a dicho sitio y permanecer allí tras la conferencia o reunión que se había verificado con las autoridades, no era fruto de la imprudencia, de la negligencia.

"Menos negligente fue su creencia de que iba a ser agredido por Aguirre y Rodríguez. Su convicción fue la consecuencia de un rápido razonamiento que llegó a su mente: hoy se iría a cumplir la amenaza que pesaba en su contra, debió decirse mentalmente Babativa. Para ello había motivos fundados, ya conocidos y analizados.

"El peligro en que se vio colocado Babativa, por la conclusión equivocada que se forjó en su mente, iba en contra de su integridad personal, bien jurídicamente tutelado.

"Y por último, la forma rápida como debió actuar Babativa ante el temor fundado de que iba a ser atacado grave e injustamente por Aguirre y Rodríguez le impidió considerar cuál era la reacción proporcionada a la violencia supuesta; su obrar fue impulsivo y resulta difícil afirmar que en su reacción se excedió. Nadie más que él sabía hasta donde era necesario obrar en las circunstancias en que lo hizo. Porque la peligrosidad de sus presuntos agresores era bien reconocida en la región y en ellos era más fácil considerar su habilidad para manejar las armas que estimar su ignorancia en el manejo de las mismas".

Como lógica conclusión de lo expuesto, la Procuraduría estima que la causal segunda ha sido plenamente demostrada y, en consecuencia, pide a la Corte que invalide la sentencia recurrida y en su lugar profiera la que debe reemplazarla, conforme al mandato contenido en el artículo 570, letra a), del Código de Procedimiento Penal.

SE CONSIDERA:

Se trata aquí, frente a la presentación de los factores anteriores, de definir si la resolución adoptada por el Tribunal consulta con exactitud el contenido probatorio del proceso, o si, por el contrario, en su valoración pudo el fallador de segundo grado incurrir en grave error, atribuyendo a determinados hechos un significado de que carecen en cuanto a la demostración de la responsabilidad del procesado, o negando a otros su poder demostrativo de una causal negativa de justificación. Es apenas obvio, por tanto, que para decidir se impone un examen de los elementos de juicio aportados al proceso, ya que el demandante toca, en una u otra forma, la totalidad del acervo probatorio.

1) *La prueba de cargo.*

El fallo acusado sustenta la responsabilidad del procesado en los testimonios de Libardo Romero, David Rueda, José Antonio Díaz, Federico Gómez, Marco Tulio Ramírez y Gustavo Rodríguez.

Libardo Romero. Relata que después de la reunión en casa de Otoniel Martínez "el señor Eduardo Babativa se puso a hechar bainas y viejas (sic), diciendo que ahí había unos tipos que no le gustaban a él y muchas cosas más, en todo caso estaba alegando, pero no se dirigía directamente a ninguno, entonces de un momento a otro, llegó y le arrebató la peinilla al herido la cual llevaba al cinto y con ella misma le pegó una puñalada en el estómago y un machetazo en la cabeza y el finado Aguirre estaba ahí cerca y entonces Eduardo Babativa, le pegó la puñalada, el muerto cuando lo hirieron caminó varios metros y cayó en la sala de la casa del señor Otoniel Martínez...; después de que Eduardo Babativa hizo lo anterior, voltió (sic) y se fue con la peinilla en la mano..." Agrega que Babativa no discutió con persona alguna "porque nadie le puso cuidado" (f. 9).

David Rueda. Se refiere, como el anterior deponente, a las sarcásticas alusiones genéricas proferidas por Babativa contra los circunstantes, diciendo que "ahí estaban los ladrones de Buenos Aires", y añade que "de un momento a otro el señor Eduardo Babativa le armó viaje a un muchacho que estaba ahí parado de nombre Gustavo Rodríguez y le quitó la peinilla que este llevaba al cinto"; que no se pudo dar cuenta de si hirió a Rodríguez "porque por la gente no pude ver, pero sí ví claramente cuando el señor Eduardo Babativa le pegó una puñalada al occiso Manuel Salvador Aguirre, el cual apenas lo apuñaliaron (sic) caminó un momento de para dentro ..." (fs. 10 y 11).

José Antonio Díaz. Refiere que después que hubo pasado la reunión pacifista propiciada por el Alcalde de Falan "el señor de nombre Eduardo Babativa se puso a alegar ahí en la tienda, hechando bainas (sic), diciendo *que si eran unos amangualados* y arriando *madres* y decía que *roba gallinas,* no sé a quién le decía eso, pues él alegaba solo y nadie le contestó nada, ni le decía nada, él siguió alegando solo, salió al patio alegando, luego él se fue a la puerta de la tienda y Gustavo Rodríguez estaba en el quicio de la puerta de la tienda y entonces Eduardo Babativa, con un acto rápido, le quitó la peinilla que Gustavo llevaba al cinto y le mandó una puñalada al mismo que portaba la peinilla o sea a Gustavo Rodríguez, la cual se la pegó en el estómago, ... y acto seguido y sin haber mediado disgusto alguno, le mandó un machetazo a la ca-

beza al mismo Gustavo... en seguida en el mismo sitio Eduardo Babativa, le mandó la puñalada al occiso Manuel Salvador Aguirre, cuando Babativa le pegó la puñalada al muerto, alcanzó a caminar como diez metros y cayó dentro de la sala de la casa del señor Otoniel Martínez" (fs. 12).

Federico Gómez. Después de referirse a la reunión en casa de Otoniel Martínez y al lenguaje mordaz que empleaba Babativa, agrega: "... él no se dirigía a nadie, ni nadie le contestaba y de un momento a otro se dirigió a donde estaba Gustavo y le quitó una peinilla que tenía y con ella misma le mandó una puñalada al muchacho, el cual en esos momentos estaba parado en la puerta de la cantina del señor Otoniel Martínez, yo me encontraba adentro de la tienda en el mostrador, la puñalada se la pegó en el estómago y acto seguido, le pegó un peinillazo en la cabeza... y entonces Eduardo Babativa, voltió (sic) y le mandó una puñalada a Manuel Salvador Aguirre, el cual estaba descuidado..." (f. 14).

Marco Tulio Martínez. Declara lo siguiente:

"Ese sábado tres de los corrientes, después de haber pasado una reunión con el señor Alcalde de Falan, estaba yo ahí en Buenos Aires y cuando se fueron me quedé ahí en el caserío, y don Eduardo Babativa se encontraba tomándose una cerveza en la tienda de Otoniel Martínez, estaba tomándose la cerveza y diciendo que un macho se lo habían robado... y decía que ahí estaban los pícaros que le habían robado el macho y que había uno de los que le gustaban robar y ahí lo estoy mirando y que a él no le gustaban los pícaros y él dejó de discutir solo y estaba un muchacho Gustavo, parado a un ladito de la puerta y don Eduardo le dijo, usted como que ya la quiere sacar y se le fue encima y le auito (sic) una peinilla que Gustavo cargaba en el cinto y le mandó un puntazo al estómago, el cual se lo libró Gustavo y corrió para adentro y cuando estuvo adentro don Eduardo le pegó un peinillazo en la cabeza, inmediatamente brincó afuera donde estaba Manuel Salvador Aguirre y le dijo usted es uno de esos también y ahí mismo le mandó la puñalada. Hago constar que esto sucedió en forma instantánea".

Habiéndole preguntado el instructor al declarante si entre Babativa, Aguirre y Rodríguez hubo intercambio de palabras antes de ocurrir los hechos, contestó: "No señor, no tuvieron voces de ninguna especie, pues nadie le contestó ni le dijo nada a las bainas (sic) que hechó (sic) don Eduardo". Y al preguntársele si Manuel Aguirre y Gustavo Rodríguez "se le arrimaron en forma sospechosa al señor Eduardo Babativa", respondió: "No señor, no se le arrimaron, ellos estaban retirados" (f. 19).

Gustavo Rodríguez Galindo. Dice, en lo esencial, que la tarde de autos, después de la referida reunión con el Alcalde de Falan, se hallaba él parado en una de las puertas de la casa de Otoniel Martínez, "cuando en esos momentos y sin que mediara discusión ninguna o motivo alguno, se acercó a mí, me desenfundó la peinilla que yo portaba al cinto, la que estaba debidamente encubiertada y acto seguido me tiró un machetazo en la cabeza y un puntazo en el abdomen, y luego se dirigió hacia donde se hallaba Manuel Aguirre, y también le asestó unos machetazos o puñalada y éste sí murió en seguida..."
(fs. 37 y 37 v.).

2) *Otras pruebas.*

La buena conducta del procesado y la colaboración que éste venía prestando a las autoridades en las campañas enderezadas a extirpar la violencia en la región de Falan hallan respaldo en el certificado del Alcalde de este Municipio (f. 85) y en las declaraciones de Gratiniano Díaz (f. 72), Raimundo Velásquez (f. 72 vto.), Luis Alvaro Cárdenas (f. 73), Duravio Reyes (f. 73 vto.), Pedro E. Martínez (fl. 74), Martín Cárdenas (f. 74 vto.), José Duarte (f. 75 vto.) y Pablo Velásquez González (f. 76).

El testimonio del señor Cura Párroco de Palocabildo, al cual se alude en la demanda como corroborante de los extremos a que se refieren las anteriores declaraciones, no arroja mucha luz sobre el particular, pues en aquél se limita el deponente a decir que hasta el día de los hechos de autos "no tuvo queja" de Babativa, y que por el poco tiempo que llevaba de conocerlo no se pudo enterar de si había trabajado por la paz o no (f. 76 v.).

Duravio Reyes (f. 136), Gratiniano Díaz (f. 136 vto.), Saúl Avendaño (f. 137), Domingo Avendaño (fl. 138), Abigaíl Linares (f. 138 vt.), Luis Alvaro Cárdenas (f. 139), Aníbal Cárdenas (f. 139 vt.) y Pablo Velásquez (f. 140) hablan genéricamente de la mala reputación que como bandoleros y sujetos peligrosos tenían en la región Manuel Salvador Aguirre y Gustavo Rodríguez, y algunos de tales deponentes, como Domingo Avendaño y Abigaíl Linares, se refieren además a la íntima amistad que existía entre Aguirre, Rodríguez y Antonio Díaz.

Luis Urrego, en su primera declaración, visible al folio 31, se refiere también a las ya conocidas alusiones indirectas de Babativa sobre la conducta de algunos de los que habían participado en la reunión; que aquél se manifestaba "muy sentido" porque le habían robado, sin que nadie se diera por aludido, "cuando de pronto ví —agrega— que Eduardo Babativa entró a la tienda con una peinilla en la mano, aprisa y detrás de Gustavo Rodríguez y casi desde la puerta, le mandó un machetazo y se lo pegó en la cabeza..." Dice no haber observado el momento en que fue herido Manuel Aguirre, y sólo anota que, después de los hechos, Babativa salió de la tienda y "le pegó un planazo a un camión que había parado, diciendo que ya él había estado en la cárcel y sabía qué cosa era ser preso..."

Al ampliar su anterior testimonio, este testigo únicamente expresa: "Pues lo que me consta y oí decir al señor Eduardo Babativa, antes de suceder la muerte de Manuel Aguirre, fue que a él, le habían robado un macho y que eran unos ladrones y que eso no podía seguir así y dijo igualmente que entre las gentes que habían ahí o sea donde se efectuó la reunión y los cuales todavía no se habían disgregado, que habían un poco de pícaros... (f. 80)".

El Cabo del Ejército Alfredo Ramírez afirma que Eduardo Babativa siempre estuvo dispuesto a ayudarlo, habiéndole suministrado nombres de maleantes, entre los cuales figuraba el de Manuel Aguirre (f. 78).

Llamado a declarar Joaquín Ramírez, conforme a cuestionario propuesto por el señor apoderado del procesado, dicho testigo, en esencia, manifiesta: "... yo en absoluto no ví que el muchacho Gustavo Rodríguez se le acercara (a Babativa) o algotra persona, pues nadie atentó contra nadie, pues yo estaba en la sala y ví cuando don Eduardo hirió al finado Manuel, pero yo no ví pelea o algo por el estilo". Preguntado el deponente si "vio cuando Gustavo Rodríguez intentó tirarle al señor Eduardo Babativa con una peinilla y cuando el finado Manuel quería hacer lo propio", respondió: "Pues yo no ví nada de eso inclusive dicen que don Eduardo le sacó una peinilla a Gustavo Rodríguez, pero yo no ví".

Adonaí Martínez, Serafín Torres y Pedro Beltrán fueron llamados a declarar a petición del apoderado de Eduardo Babativa.

El testimonio del primero de estos deponentes es del siguiente tenor:

"Pues don Eduardo le estaba discutiendo a Manuel Aguirre y a Gustavo Rodríguez, sobre el robo de un macho o mejor en forma general se dirigía a todos... al ratico ví que Gustavo Rodríguez, hacía el ensayo de sacar una peinilla, pero entonces no la sacaba, entonces don Eduardo después de verse que ya venía el otro encima a darle, agarró a Gustavo y le quitó la peinilla y con ella se defendió, entonces se metió toda la gente a defender y yo no ví lo demás ni siquiera cuando mató a Manuel, porque como dije anteriormente se metió la gente por delante o mejor dicho cuando Manuel Aguirre se le fue encima, yo no ví más" (f. 88).

Serafín Torres relata que después que se hubo retirado de la reunión el Alcalde de Falan "llegaron unos tipos que se dice que les gusta el robo, que no trabajan y entiendo que a don Eduardo le robaron un macho de trabajo, cuando los vio don Eduardo se puso a hablar y rajar contra los pícaros, los que no dejaban trabajar y uno comprendía que se refería era a éstos que habían llegado y Gustavo Rodríguez que estaba en el corredor vio que don Eduardo lo miraba mucho y entonces iba a sacar la peinilla pero don Eduardo le voló y se la quitó, entonces Manuel Aguirre fue a defender a su compañero y como a tirarle a don Eduardo por lo cual éste con mucha ira le pegó la puñalada..." (f. 88).

Pedro Beltrán declaró textualmente: "sí conozco y desde hace mucho tiempo a don Eduardo Babativa, por lo cual me consta que ha sido una persona muy trabajadora y honrada; siempre le ha gustado trabajar por la paz y fue así como cuando mató a Manuel Aguirre y hirió (sic) a Gustavo Rodríguez, que fue por allá entre el 20 y el 25 de diciembre, no recuerdo bien la fecha, don Eduardo estuvo muy entusiasmado por la reunión que hizo el Alcalde de Falan y autoridades de la región y cuando esos señores se fueron, siguió con la palabra don Eduardo echando contra los pícaros que no dejaban trabajar, que todo lo roban y seguro a algunos les cayó porque yo ví que Gustavo Rodríguez como que sacaba la peinilla, pues este muchacho comentan cosas de él, entonces don Eduardo le quitó rápido la peinilla y le tiró como que dos tiros, entonces Manuel Aguirre se le fue a don Eduardo a quitarle la peinilla y a tirarle, por lo cual don Eduardo rápido le pegó el machetazo de punta por el estómago" (f. 89 v.).

Luis Miguel Garzón Romero presenta tres versiones distintas. En su primera declaración, rendida el 7 de octubre de 1959, vale decir, cuatro días después de los hechos a que se contrae el proceso, dice:

"Yo de los hechos no me dí cuenta... yo me entré a la tienda y estaba recostado contra el

mostrador, cuando ví que el señor Eduardo Babativa, pegó un brinco a la carretera con una peinilla en la mano pero yo ví (sic) a quien se la quitó ni nada sobre eso, cuando salí a la calle lo ví con una peinilla pelada, entonces yo le dije compadre atiéndame, él siempre con la soberbia intentó tirarme..." (f. 20).

En la segunda, rendida el 10 de enero de 1960, en lo pertinente dice:

"... y es cierto que después de haber pasado la reunión enseguida de la cual sucedieron los hechos don Eduardo decía que esa vida de bandidaje tenía que acabarse, que eso no podía seguir así, pero no me consta ni tengo idea de los pensamientos que tuvieron los dos muchachos a que se refieren..." (f. 81).

Y en la tercera, dada el 21 de febrero siguiente, afirma:

"... estaba yo mirando para afuera para la carretera, cuando estaba diciendo el señor Eduardo Babativa, que se controlara todo que eso de robo no servía, de gallinas, marranos y bestias, ... que hacían un robo y se hacían a la sombra del matón, cuando Gustavo Rodríguez, estaba parado en la segunda puerta de la tienda, mirando para la calle, con una peinilla al cinto, la cual sacaba y volvía y metía y seguro a don Eduardo le dio rabia o creyó algotra cosa y le dijo a Gustavo Rodríguez, usted es uno y se le fue encima y le quitó la peinilla con la cual lo hirió, primero le pegó un planazo, cuando le pegó el planazo Manuel Aguirre se le fue encima a quitarle la peinilla a don Eduardo Babativa, viendo que el otro se le arrojó encima, le pegó la puñalada..." (f. 83).

El procesado acepta en su indagatoria ser el autor material de los hechos por los cuales se le juzga, pero califica su confesión afirmando persistentemente que él abrigaba el temor de que los maleantes o sujetos peligrosos de la región, algunos de los cuales había denunciado, pudieran matarlo. Concretamente, refiriéndose a Gustavo Rodríguez, dice: "... se paró junto a mí y luego cogió la peinilla como hacer (sic) tentativas, pues la sacaba y volvía y la metía, claro está, que yo vi y dije pues estos ya me van a matar y entonces yo le armé viaje y le rapé la peinilla y con ella misma le pegué un sablazo, porque yo dije antes de que me maten yo les ando más ligero..." Y en cuanto a su conducta en relación con Manuel Aguirre, entre otras cosas manifiesta: "Entre el occiso Manuel Aguirre y yo no existían disgustos personales, yo no lo trataba porque él era mala persona, había gente que se quejaba de su conducta, de yo conocer a ese muchacho, lo conocía hace más de dieciséis años, la razón para yo pegarle la puñalada, es porque a lo que él se me arrimó, yo le ando más ligero, pues si él no se me arrima en compañía de Gustavo, yo no le había hecho nada". Agrega un poco después: "Ellos no me hablaron sino que se me acercaron, pues ellos tal vez fue que querían fregarme a traición".

Ahora bien: la nota característica del proceso es la deficiencia de la investigación. La cuestión cardinal, consistente en saber si las explicaciones justificativas suministradas por el procesado tuvieron una realidad objetiva, o si, por el contrario, son el producto de la mentira, no quedó despejada en el informativo.

Los testimonios que sirvieron de soporte a la sentencia acusada para establecer la responsabilidad penal del procesado no arrojan suficiente luz para esclarecer el aspecto fundamental de si la acción lesionante y homicida de Babativa tuvo por causa inmediata, en el rápido lance que describen los autos, las "tentativas" y movimientos sospechosos que el reo afirma haber advertido en Gustavo Rodríguez y Manuel Aguirre. Indudablemente, tales elementos de juicio prueban a plenitud que el incriminado fue el autor material de las lesiones inferidas a Rodríguez y de las que produjeron la muerte de Aguirre, pero son brumosos y en alto grado deficientes para destruír las afirmaciones exculpativas de aquél, entre otras razones porque callan sobre tan importante extremo.

Es cierto que entre este grupo de declarantes, Marco Tulio Martínez manifiesta que ni Rodríguez ni Aguirre "se le arrimaron" a Eduardo Babativa, pero también es cierto que el mismo testigo expresa algo muy importante que, en cierto modo, hace verosímil la versión que de los hechos presenta el procesado. En efecto, se recordará que el referido testigo dice en lo pertinente: "... y decía (Babativa) que ahí estaban los pícaros que le habían robado el macho y que había uno de los que le gustaban robar y *ahí lo estoy mirando* y que a él no le gustaban los pícaros y él dejó de discutir solo y estaba un muchacho Gustavo, parado a un ladito de la puerta y don Eduardo le dijo *usted como que ya la quiere sacar* y se le fue encima y le auito (sic) una peinilla que Gustavo cargaba en el cinto y le mandó un puntazo al estómago el cual se lo libró Gustavo y corrió para adentro y cuando estuvo adentro don Eduardo le pegó un peinillazo en la cabeza, inmediatamente brincó afuera donde estaba Manuel Salvador Aguirre y le dijo usted es uno de esos también y ahí mismo le mandó la puñalada". (Subraya la Sala). El

testigo hace constar que "esto sucedió en forma muy instantánea".

El anterior testimonio, y todo el cuadro probatorio del proceso, revelan que Babativa se hallaba obsesionado aquella tarde, con los "pícaros" y "maleantes" que infestaban la región en donde él vivía, y que, por razones obvias, mientras de manera general e indirecta se refería a los desmanes y depredaciones que aquellos causaban, seguía con angustia y temor los movimientos de Rodríguez y Aguirre, a quienes él y muchos otros campesinos tenían por sujetos peligrosos. Es, pues, muy explicable que fuera él precisamente, y no los demás circunstantes, quien vigilara en sus más nimios detalles los movimientos, gestos y reacciones de aquellos dos individuos.

Frente a la perplejidad que en el caso *subjudice* plantean las deficiencias probatorias del proceso, la Sala considera que consultan la equidad y la justicia las conclusiones adoptadas por el señor Procurador, después de una prolija y laboriosa tarea de análisis y confrontación de los diversos elementos de juicio con que se cuenta para dilucidar y resolver el recurso extraordinario interpuesto contra el fallo acusado. En su lugar hubo oportunidad de reproducir algunos de los pasajes en que el señor Agente del Ministerio Público recoge o compendia su pensamiento sobre la materia que se controvierte. Pero importa, además, destacar las conclusiones a que se acaba de aludir. Dice, en efecto, el Procurador:

"De todo lo anterior se concluye: dada la personalidad de Manuel Aguirre y Gustavo Rodríguez es presumible, con cierto fundamento, que éste produjera al proceso una versión interesada que favoreciera a su amigo que había sido herido de muerte, sino que también le fuera útil al mismo Rodríguez quien había resultado lesionado por Babativa. A lo anterior se agrega que entre los dos existía cierta amistad, más bien íntima, lo cual incide fundamentalmente para restarle credibilidad a las afirmaciones de Rodríguez porque, lógicamente, no iría a producir una versión que fuera en contra de su amigo, de su compañero de andanzas, con quien vivía bajo el mismo techo. Si lo anterior no se hallare razonable surgiría sobre dicho particular una duda que actualmente no es posible eliminar, por lo cual se debe absolver a favor del reo, como lo ordena el sabio principio contenido en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

"Y el mismo grado de amistad existente entre Manuel Aguirre, Gustavo Rodríguez y Antonio Díaz permite pensar que lo dicho por Díaz no podía ser desinteresado pues pugnaría contra lo cuotidiano de los hechos humanos que diera una versión opuesta a la de sus amigos.

"Y más aún: los testimonios de Libardo Romero (f. 9), David Rueda (f. 10), José Antonio Díaz (f. 12), Federico Gómez (f. 14), Marco Tulio Martínez (f. 19) y Gustavo Rodríguez (f. 37) si bien es cierto que se produjeron en fechas bien recientes a cuando ocurrieron los hechos investigados, no lo es menos que hay detalles que restan credibilidad a sus dichos:

"Tanto Libardo Romero como David Rueda y Gustavo Rodríguez carecen de documentos de identificación, vale decir que bien puede afirmarse que se desconoce si verdaderamente el nombre que han suministrado a la justicia es el que realmente poseen o que ocultan el suyo propio por circunstancias desconocidas. Si a lo anterior se aúna la circunstancia de que todos tres tienen apenas una edad que llega a los diecinueve años, es posible pensar con cierto fundamento que ante todo procuren ganarse la buena voluntad de Gustavo Rodríguez quien ya, según se afirma en autos, ha logrado el infamante calificativo de maleante. Pero, ante todo, los dichos de Romero, Rueda, Díaz, Gómez, Martínez y Rodríguez merecen poca credibilidad por cuanto callan en detalle fundamental para concluír cuál fue el verdadero desarrollo de los hechos: que Rodríguez 'cojió (sic) la peinilla como hacer (sic) tentativas, pues la sacaba y volvía y la metía...' al decir del reo (f. 16 v.), hecho este confirmado parcialmente por Serafín Torres (f. 88) quien afirma que Rodríguez 'entonces iba a sacar la peinilla pero don Eduardo voló y se la quitó...' y por Adonaí Martínez (f. 87) quien afirma que: 'vi que Gustavo Rodríguez hacía el ensayo a sacar una peinilla, pero entonces no la sacaba, entonces don Eduardo después de verse que ya venía el otro encima a darle, agarró a Gustavo y le quitó la peinilla y con ella se defendió...' Pero si no se aceptara la comprobación de tal hecho, tal como se halla en los citados elementos de juicio, quedaría vigente al respecto una duda insalvable que por mandato imperativo de la ley (art. 204 del C. de P. P.) debe absolverse a favor del reo".

"Lo expuesto permite concluír que la prueba de cargo no reviste los serios motivos de credibilidad que debe poseer el testimonio a fin de que pueda ser aceptado como demostrativo de la responsabilidad penal del procesado. El artículo 224 del Código de Procedimiento Penal fue, pues, desestimado por el Tribunal *ad-quem* en el fallo demandado".

Resueltas en favor del reo las insalvables dudas a que de manera pertinente alude el señor

Procurador, el balance probatorio del proceso arroja los siguientes datos fundamentales:

a) Manuel Salvador Aguirre y Gustavo Rodríguez tenían fama de "maleantes" entre los campesinos de la región de Falan, por lo cual éstos, lógicamente, los consideraban como sujetos peligrosos; b) De esa opinión generalizada participaba Eduardo Babativa, quien colaboraba asiduamente con las autoridades en las tareas pacificadoras, hasta el punto de haberle suministrado al Cabo del Ejército Alfredo Ramírez una lista de individuos de mala reputación, en la cual figuraba el nombre de Manuel Aguirre, razón por la cual es humano y explicable que el procesado viviera bajo el imperio del temor de que dichos "maleantes" pudieran ejercer represalias contra él y su familia, presunción tanto más fundada si no se olvida el ambiente de inseguridad y pavor en que se desarrolla la vida de las gentes del campo en las regiones azotadas por la violencia; c) Frente a estos antecedentes y a algunas otras pruebas del proceso, ya examinadas, cobra credibilidad la confesión calificada del reo cuando afirma que los hechos por los cuales se le juzga tuvieron como causa inmediata los movimientos sospechosos de Rodríguez y Aguirre.

En síntesis, ante las deficiencias que presenta el cuadro probatorio del proceso, no es posible llegar a una conclusión distinta a la de que la conducta del procesado en el caso de autos fue determinada por la creencia equivocada, pero razonable, de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto, presupuestos que estructuran, en esencia, la justificante alegada por el recurrente, vale decir, una legítima defensa subjetiva o putativa. En otros términos: Babativa obró bajo el imperio del miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente, exagerado en su ánimo por la exaltación psíquica que en aquellos momentos padecía. Y "esa aparente proporcionalidad entre la agresión que se espera y la reacción con que se rechaza —ha dicho la Corte— es lo que le otorga a la legítima defensa putativa la subjetividad que coloca la acción dentro de los presupuestos necesarios para la irreprochabilidad penal de la conducta, con base en un error esencial, que por no provenir de negligencia, indica que el agente obra *non contra jus*, esto es, sin antijuridicidad, comoquiera que está comprendido dentro del marco legal que el Código Penal establece en el ordinal 2º del artículo 23" (Casación. Sentencia del 20 de abril de 1961).

El Tribunal incurrió, pues, en manifiesto error en la interpretación o apreciación de los hechos, atribuyéndoles un valor de que carecen para demostrar plenamente la responsabilidad penal del procesado. Prospera, por tanto, la causal alegada. Y compete a esta Sala, en consecuencia, invalidar el fallo acusado y dictar el que deba reemplazarlo.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *invalida* la sentencia acusada del Tribunal Superior de Ibagué y, en su lugar, *absuelve* al procesado Eduardo Babativa de los cargos de homicidio y lesiones personales, por los cuales ha venido respondiendo en este juicio.

Líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional del procesado, *siempre que contra éste no exista detención por otro u otros delitos, ni sea requerido por alguna otra autoridad.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

ASOCIACION PARA DELINQUIR

Fisonomía de este delito. Finalidad que persigue. Elementos constitutivos o tipificadores del ilícito. Aspectos probatorios que le dan título al delito. La sospecha como comienzo de indicio. Concepto de permanencia exigido por la doctrina y el código de delito de asociación.

1. Según la doctrina son de varios órdenes los distintos aspectos que separan el delito de asociación para delinquir de otros fenómenos semejantes, que podrían confundirlo si no se consigue diferenciarlos como es debido, para darles su fisonomía propia.

En primer término la asociación de delincuentes (societas delincuentium), constituye una excepción al principio general de que los actos preparatorios del delito no son reprimibles penalmente. Y en segundo término, su calidad de infracción autónoma per se, independiente de los ilícitos que cometan o puedan cometer los asociados delincuentes o banda de malhechores, es decir, aquéllos que hagan parte de tal agrupación criminal.

En lo concerniente al primer aspecto, la regla general es que los actos preparatorios de hechos criminosos no entran en la esfera penal mientras conserven carácter de tales. Ello sin duda que por ser equívocos o ambiguos, podrían conducir a errores notorios cuando no demuestran un propósito hacia un determinado fin.

En lo tocante al segundo aspecto, surge éste de la circunstancia de que siendo la asociación criminal un delito de peligro, de simple actividad, concepto éste que pertenece a su propia naturaleza y es de su esencia, pues su fisonomía especial lo cataloga entre hechos potencialmente atentatorios contra lo sociedad, por la alarma colectiva que producen y la inseguridad común que determinan, esto mismo indica que no es menester para la existencia de aquel ilícito llevar a cabo los hechos criminosos que la asociación se propuso al constituírse u organizarse en banda criminal, porque esto es independiente de ellos ya que por sí solos conllevan un tipo de infracción penal desvinculado de los otros hechos que los asociados en cuadrilla pudieran cometer. La amenaza social que comportan implica su castigo, por el solo hecho de la asociación, aunque no cometan otro u otros delitos.

Conviene advertir que no basta la reunión fortuita coincidencial de varios delincuentes y que varios sujetos concurran en la ejecución de un hecho delictuoso. Esto último constituiría una forma de coparticipación criminal, distinta de la asociación para delinquir propiamente dicha.

2. El fin de la asociación para delinquir es cometer varios delitos. Este fin —dice el autor citado— es lo que hace acriminable la asociación y es necesario demostrar en cada caso que la asociación de que se trata está constituída con el objeto de cometer varios delitos. Tal objeto de la actividad asociativa puede ser únicamente delitos, no contravención; delitos se entiende, previstos en el Código Penal o por leyes especiales. Y deben ser varios. Ponerse de acuerdo para cometer un solo delito, no es acción punible si aquél no es cometido; pues si se comete entramos en la hipótesis de concurso en un mismo delito.

Los elementos constitutivos o tipificadores del ilícito asociación para delinquir, son: a) Asociación o banda; b) Número de asociados, que debe ser de tres o más personas; c) Objeto, que es el de cometer delitos mediante el común acuerdo o recíproca ayuda de los asociados, y d) Permanencia en el objeto o en tal finalidad.

En cuanto al primer elemento puede decirse que la asociación por sí misma es la que denota el acuerdo de las voluntades para un fin común.

Por ello es un presupuesto indispensable para el delito. Pero conviene advertir que para la ley resulta indiferente la manera como se constituya la asociación de delincuentes. Bien puede ser por escrito, con Estatutos o sin ellos, o bien en forma verbal, disciplinada o jerárquica.

En lo tocante al segundo elemento, o sea, el número de los asociados varía en las legislaciones, algunas de las cuales exigen mayor número de sujetos que compongan la asociación para delinquir. Así, por ejemplo, el Código italiano aumenta la pena si el número de asociados fuere de diez o más.

En relación al tercer elemento, debe consignarse, de manera expresa, que el objeto de estas asociaciones es consumar delitos indeterminados; y esto es lo que precisamente constituye su máximo peligro, desde el punto de vista del orden social y la tranquilidad pública. Merced a tales asociaciones, la comunidad está expuesta a todo género de amenazas.

El último elemento lo caracteriza la circunstancia de que la asociación debe ser siempre permanente. Lo que aparte de diferenciarla del "complot", en el cual el objeto de los complotados es reunirse en forma accidental para cometer un delito determinado, hace también más patente su diferencia con la coparticipación delictuosa y destaca más su autonomía, esto es el concepto de delito independiente o per se.

3. No basta afirmar en una providencia, que se ha cometido tal o cual infracción y que ésta corresponde a tal título o capítulo del Código Penal. Sino que es menester acoplar los elementos probatorios recogidos dentro del proceso a las exigencias legales que le dan título al delito, porque de no adecuarse éstas a los elementos tipificadores del hecho, es imposible llegar a producir una sentencia condenatoria.

4. Es notorio que en tratándose de hechos que acrediten el ilícito de asociación, sea muy difícil aportar una prueba directa que satisfaga la certeza legal necesaria para proferir sentencia condenatoria. Pero la falta de esto, no conlleva al exceso de que las simples sospechas sirvan para remediar las deficiencias probatorias. La sospecha es en puro rigor doctrinario un comienzo de indicio, lo que quiere decir que apenas cuando más puede constituír "un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (latus escensus) que requiere verificarse. La sospecha sola o acompañada de otras sospechas puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero, nunca, ser fundamento para una condenación" (Dellepiane: "Nueva Teoría General de la Prueba", pág. 99).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Corresponde a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto por los procesados Cenón Ladino Perdomo, Rosendo Adriano Mendoza y Guillermo Cerquera Polo, contra la sentencia de 7 de diciembre de 1960, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, condenó a los dos primeros a la pena principal de 10 años de presidio y al último de los nombrados a 18 meses de arresto, como responsables del delito de asociación para delinquir y otros hechos.

Como el trámite del recurso está cumplido con las formalidades legales, la Corte procede a decidir lo pertinente.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Una patrulla del Ejército, al mando del Teniente Manuel José Uribe Ardila, en la madrugada del 19 de abril de 1960, por previas informaciones, procedió a rodear la casa de campo de propiedad de Guillermo Cerquera, situada en la vereda de "Pedernal", jurisdicción del Municipio de Teruel (Huila), con el objeto de capturar una banda de delincuentes que por esos lugares merodeaban, al mando de Daniel Vargas, quien luego fue muerto al tratar de escapar. De tal maniobra resultaron capturados Guillermo Cerquera, Cenón Ladino y Rosendo Adriano Mendoza, no sin antes haber opuesto tenaz resistencia con armas de fuego, sin que se conozca con certeza cuáles de los nombrados así procedieron, aunque todo parece indicar que fuese Vargas, por ser éste quien portaba la ametralladora encontrada al practicar la requisa en la casa de Cerquera.

La investigación de tales hechos la inició el Juez 207 de Instrucción Criminal y la continuó luego el 32 de la misma rama, quien la pasó al Despacho del Juez Primero Penal del Circuito de Neiva.

Este último funcionario, en providencia de 19 de agosto de 1960, sobreseyó temporalmente en favor de los procesados aduciendo, entre otras razones, las siguientes:

"Obran según lo visto motivos suficientes para considerar que los procesados no eran ajenos a las actividades de David Vargas y que su encuentro en la casa de Cerquera no fue simplemente coincidencia, sino que por el contrario se hallaban de acuerdo hasta el punto de oponer una común resistencia a su captura, y por cuanto los procesados registran antecedentes delictivos ocurridos en esa época en la misma vereda, en la propia población de Teruel y en la vecina vereda de San Juan, y los documentos allegados al proceso los señalan como dedicados a esas actividades.

"Pero falta aclarar las contradicciones de Cerquera que aparece complicado en los mismos hechos; oír en instructiva a Pepe Camacho y Roberto Barreiro que fueron sorprendidos en la misma pieza con los procesados, y recibir los testimonios de las personas citadas por Belarmina Cedeño en su retractación, ya que con relación a esta última declarante resulta absurda su afirmación de haber declarado contra Ladino porque le dijeron que de no hacerlo así éste la mataría al salir de la cárcel, y más parece que, por el contrario, es su retractación la que obedece a ese temor" (Fl. 121 vto. del cuaderno primero).

El Juez Primero Penal del Circuito concluye que por tales razones, es necesario sobreseer temporalmente en favor de los procesados Ladino, Cerquera y Mendoza "a fin de perfeccionar la investigación", y reabrirla con el objeto de allegar nuevas probanzas que permitan definir con mayores elementos de juicio la situación jurídica de los incriminados.

Hubo de conocer en segunda instancia de este negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por vía de consulta. Surtidos los trámites de rigor, el doctor Marcos Puyo Riveros, Magistrado a quien correspondió el negocio, presentó su ponencia confirmando en ella el fallo consultado; pero ésta no fue acogida por los restantes miembros de la Sala, quienes en decisión mayoritaria profirieron sentencia condenatoria el 7 de diciembre de 1960, a que ya se hizo mención.

Los principales argumentos que le sirven al Tribunal para manifestarse en contra de la decisión de *a-quo* y del Magistrado que salvó el voto, doctor Puyo Riveros, pueden sintetizarse en la forma que sigue:

Del análisis y estudio de los hechos, el Tribunal sienta las siguientes conclusiones:

"Primero. Las exposiciones del Teniente (se refiere al Oficial Uribe Ardila) y de Guillermo Cerquera en lo referente a David Vargas; las armas y demás objetos hallados en su poder; la resistencia armada que opuso a las fuerzas del Ejército que le intimidaron su rendición y aún el mismo hecho de fugarse cuando aquellas lo conducían, establecen inequívocamente que actuaba como Jefe de una asociación o banda organizada con el propósito de cometer delitos, mediante común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados. Porque de no ser así, ¿para qué entonces se había trasladado a aquella región, se ocultaba a las autoridades, vivía permanentemente provisto de armas de dotación oficial, no solo de efectos defensivos sino también ofensivos como la bomba de fabricación casera hecha con T. N. T., llevaba consigo prendas exclusivamente militares, exigía a los habitantes de la misma región el reconocimiento de su legítima autoridad y obtenía, como lo obtuvo de Guillermo Cerquera que lo hospedaran de noche en sus habitaciones? Y como, por lo que adelante se verá, de esa banda hacían parte Cenón Ladino Perdomo y Rosendo Adriano Mendoza, se evidencia así la objetividad del delito de asociación para delinquir conforme al artículo 208 del Código Penal.

"Segundo. Cenón Ladino Perdomo es un individuo contra quien existían en el Municipio de Teruel serias sospechas como partícipe en actividades delictuosas, según el testimonio del Teniente Uribe Ardila y el de Julio Cedeño Tovar; por tal motivo estuvo detenido en la cárcel de aquella localidad, sus antecedentes judiciales acentúan esas sospechas; él confiesa en su indagatoria 'refutando así la aseveración de la defensa según la cual los sindicados no se habían conocido con anterioridad a su captura', que hacía tres años conocía a David Vargas, y el citado Cedeño así lo declara también pues afirma que en la población de Teruel andaban juntos Vargas y Ladino; en la madrugada del 20 de abril, Ladino se encontraba con Vargas y Mendoza en la casa de Guillermo Cerquera y fue de los últimos en salir ante la orden de rendición que les daba el Teniente.

"Todos estos hechos sirven para inferir lógicamente que hacía parte de la banda capitaneada por Vargas y por lo tanto son pruebas suficientes de responsabilidad en el ilícito de asociación para delinquir que define y sanciona el artículo 208 del Código Penal.

"Tercero. Rosendo Adriano Mendoza tiene en su contra los antecedentes de que antes se ha

hablado; se encontraba también en la casa de Cerquera en donde se presentó con el nombre de Miguel; fue de los últimos en atender la orden de rendición; da una versión inaceptable cuando, refiriéndose a la llegada de Vargas, dice que era para él un desconocido que nos puso manos arriba y anotó su nombre; sostiene que no conocía a Ladino Perdomo y que éste no era trabajador de Cerquera, contrariando lo expuesto por éste; en su poder se halló la carta dirigida por María de Jesús Valderrama a Miguel Sánchez, muy diciente a pesar de la variedad de sus términos, en la que se hace alusión a 'Rosendo' que es precisamente el primer nombre de este sindicado; dice que esta carta se la dio a guardar el mismo Miguel Sánchez, lo que revela su amistad con él, comprobada por lo demás, por el testimonio de Vicente Vargas, y demuestra que Adriano Mendoza era de las personas a quienes María de Jesús Valderrama alertaba contra las actividades de la tropa; y está reclamado por este Tribunal por obrar en contra suya una sentencia de segunda instancia en la que se condena a 18 años de presidio por los delitos de homicidio y lesiones. Como en el caso de Ladino Perdomo, todos estos indicios demuestran que Rosendo Adriano Mendoza hacía parte de la banda o asociación para delinquir dirigida por David Vargas.

"Cuarto. Guillermo Cerquera tenía, según se deduce de los hechos por él expuestos, conocimiento de las actividades delictuosas de David Vargas; lo había hospedado en su casa varias noches y en la última observó que estaba armado; lo conocía hacía tres años; su casa había sido rondada anteriormente por la tropa pues el Teniente sospechaba que era encubridor de las actividades delictuosas de la banda que azotaba la región y así se lo había manifestado; dice que la madrugada del 20 de abril él supuso que era la chusma la que cercaba su habitación, lo que es inaceptable puesto que, como él también lo declara, oyó la orden del Teniente, dada en voz alta, de que saliera el 'alcahuete', expresión ésta que precisamente por estar Cerquera enterado de la sospecha que de él tenía el oficial, debió hacerle comprender que la orden era dada por el Teniente y no por sujeto alguno perteneciente a la 'chusma'.".

De lo anterior concluye el Tribunal que se hace procedente la revocatoria del sobreseimiento temporal proferido por el Juzgado, para en su lugar condenar a los procesados, como en efecto lo hizo, "puesto que está plenamente establecido, de una parte, el cuerpo del delito genéricamente denominado 'De la asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito' de que trata el Título V, Libro II, del Código Penal, y demostrada de igual manera la responsabilidad penal de Cenón Ladino Perdomo y Rosendo Adriano Mendoza; y, de otra, se halla también evidenciada la objetividad del ilícito 'Del encubrimiento' a que se refiere el Capítulo IV, del Libro II del Código Penal y demostrada plenamente la responsabilidad penal de Guillermo Cerquera en dicho ilícito".

De otra parte, el Magistrado doctor Puyo Riveros, en su salvamento de voto, motivado por no ser admitida por los restantes miembros de la Sala de Decisión Penal del Tribunal, su ponencia, dice sobre el particular:

"No fueron interrogados Pedro Nel o Pepe Camacho ni Roberto Barreiro, cuyas exposiciones hubieran podido tener bastante interés para el esclarecimiento de los hechos. El señor Juez del Circuito considera que a ellos se les debe recibir indagatoria; quizá no sea esto lo pertinente en relación con ellos, y en cambio sus testimonios pueden servir adecuadamente como pruebas.

"...Si bien es cierto que dentro del proceso aparecen algunos antecedentes en contra de Mendoza y de Ladino que desdicen de su personalidad, no existe realmente la prueba de que ellos fueran integrantes de la banda de antisociales que al mando de David Vargas cometió varios crímenes en aquella región; pero esa misma personalidad de tales sujetos y las circunstancias que rodearon los hechos protagonizados en la mañana del 20 de abril, no permiten desligarlos de esta acción penal, así como tampoco al dueño de casa Guillermo Cerquera, pues si aquellos llegaren a resultar responsables es indudable que Cerquera estaría encubriéndolos al describirlos como simples trabajadores que estaban por completo desligados de las actividades delictuosas de 'Cuchillo'. Pues sería explicable que por razón de la coacción hubiere tenido que darle posada a éste, pero no combinar mentiras con los otros para librarlos de la acción de la justicia".

En lo tocante a la prueba que sirvió de base al Tribunal para la sentencia condenatoria, el Magistrado disidente hace las siguientes observaciones, que en su sentir demuestran la inexistencia del delito atribuído a los sindicados:

1ª Que en una de las declaraciones rendidas por el Teniente Uribe, quien realizó la captura, y que anteriormente había desempeñado el cargo de Alcalde de Teruel, afirma que por la confianza que tenía en Cerquera, consideró viable la explicación dada por éste, de que había dado posada en su casa a Vargas inspirado por el

temor y la coacción ejercida por dicho sujeto; y que a Mendoza y Cenón Ladino los había capturado por no haberse entregado inmediatamente después de la orden de rendición, y porque de ellos tenía muy malas referencias.

2ª Que en su indagatoria Rosendo Adriano Mendoza afirma que había ido a la casa de Cerquera en busca de trabajo, sin ocultar que antes lo había hecho al servicio de Vargas en la vereda de San Juan. Que como efectivamente Cerquera le brindó trabajo, por eso permaneció en su casa hasta la noche de la captura, de la que no salió pronto "porque estaba acostado y desvestido y era peligroso pararse porque el ejército echaba bala y podían haberle dado muerte; que apenas el Teniente dijo que salieran que no les echaba más bala, se paró, se vistió y salió".

3ª Que Cenón Ladino dice en su indagatoria que buscó a Cerquera para ir a coger café, yendo a su casa en compañía de Camacho y Barreiro; que el martes como a las seis y media llegó "Cuchillo" y que al momento de acostarse observó que Vargas llevaba "una chaqueta militar, una arma y un revólver", además de un carriel. Manifestó que conocía a "Cuchillo" desde hacía como tres años y que había oído decir que era jefe de una cuadrilla de malhechores. Preguntado sobre si había sentido temor de pernoctar con él, respondió que si se salía, pensaría que lo iba a delatar y entonces lo mataba.

Por su parte Cerquera, de un modo general, confirma los dichos de Mendoza y de Ladino, insistiendo en que le había dado posada a Vargas por temor "pues había ofrecido matarlo en caso de que 'no se aguantara'.".

De tales observaciones, el Magistrado doctor Puyo Riveros, concluye que no puede compartir la opinión de sus compañeros de Sala, "porque sigo considerando que no se halla debidamente comprobado que Cenón Ladino Perdomo y Rosendo Adriano Mendoza Cerquera hagan parte de una asociación o banda de tres o más personas organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, todo lo cual constituye el delito de Asociación para Delinquir. Apenas se llegaron a establecer algunos indicios sobre el particular pero no de suficiente concreción y gravedad para formar plena prueba, y a la vez desvirtuados por algunas pruebas en contra".

DEMANDA:

El recurso de casación fue sustentado por los doctores Juan Romero G., en representación de Cenón Ladino Perdomo y Rosendo Adriano Mendoza, y Alvaro Sánchez Silva en representación de Guillermo Cerquera Polo, quienes oportunamente presentaron las correspondientes demandas.

La primera de ellas, es decir, la de los procesados Ladino y Mendoza, contiene inicialmente un "resumen y análisis de los hechos", de los cuales el recurrente deduce dos cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, los que expone así:

"1º Aduzco la causal segunda (2ª) del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que hubo una errada interpretación y apreciación de los hechos, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen y existe una manifiesta contradicción entre ellos.

"2º Como subsidiaria, aduzco la causal primera (1ª) del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es, errónea interpretación e indebida aplicación de la ley sustantiva (art. 208 del Código Penal y art. 1º del Decreto 1258 de 1955)".

El primer cargo lo sustenta el recurrente con una serie de argumentos, entre los que se destacan los siguientes:

1º Que el testimonio del Teniente Manuel José Uribe Ardila, que sirvió al Tribunal de fundamento para proferir sentencia condenatoria contra Ladino y Mendoza, no puede constituír plena prueba, ya que no encuentra respaldo alguno en otros elementos de juicio aportados al proceso, no siendo, por tanto, demostrado el cuerpo del delito de asociación para delinquir y menos la responsabilidad penal de sus defendidos. Afirma que en el expediente no está comprobado que los mencionados sujetos hayan hecho parte de una cuadrilla de delincuentes, y que ni siquiera David Vargas (a. "Cuchillo"), figura como sindicado o responsable de delitos contra las personas o la propiedad, sino que "únicamente se le perseguía porque portaba armas y pedía hospitalidad para ocultarse según los informes anónimos del Teniente Uribe Ardila".

2º Que de la declaración de Vicente Antonio Vargas (fl. 40 del cuaderno principal) se infiere la existencia de dos personas con los nombres de Rosendo Mendoza y Miguel Sánchez, sin que se haya podido identificar con este nombre a la primera de ellas, no obstante lo declarado por Cerquera (fl. 18 ibídem), cuando dijo que "el martes fue a trabajar, martes de pascua, me parece que dijo llamarse Miguel en el momento de hacer la entrega de café o en el momento de la

liquidada de las listas, aparecía en ellas un Miguel pero sin apellido''.

3º Que no encuentra asidero alguno la afirmación del *ad-quem,* consistente en que Rosendo Adriano Mendoza ''está condenado como autor de un delito de homicidio y lesiones personales'', puesto que el fallo por el cual se condenó y a que se refiere el oficio del folio 107, ha sido recurrido en casación, y que por tanto aún no existe prueba sobre tal antecedente. Sobre este particular el recurrente afirma:

''Lo que se ha tenido como antecedente de Cenón Ladino Perdomo y Rosendo Adriano Mendoza, por actos personales que se les atribuyen, como lesiones personales y homicidio, no conducen a demostrar que sean miembros de una banda organizada para delinquir y no pasan de ser constancias sobre iniciación de unos sumarios que no han sido calificados ni fallados definitivamente porque nada se dice a este respecto''.

4º Afirma el demandante que los testimonios de Belarmina Cedeño de Ladino y Julio Cedeño no son viables para inferir de ellos el delito de asociación para delinquir atribuído a Mendoza y Ladino, puesto que en el expediente obran declaraciones sobre la buena conducta de los sindicados, que el Tribunal no tuvo en cuenta y que ''sirven para desvirtuar las apreciaciones gratuitas'' del Teniente Uribe como testigo de cargo.

5º En relación con la tipicidad del delito de asociación para delinquir, el recurrente discrimina los diversos elementos que lo constituyen y concluye:

''En el caso de autos no tiene el proceso ninguna prueba sobre la constitución de la banda o cuadrilla, esto es, que David Vargas, Cenón Ladino Perdomo y Rosendo Adriano Mendoza se asociaron para cometer una serie de delitos, ni tampoco que se confabularan para realizar actividades criminosas precisas y concretas, en cuyo caso se configuraría una simple complicidad o el fenómeno de participación de varias personas en la comisión de delitos previamente individualizados en la mente de sus autores''.

6º Como el Tribunal considera que el testimonio del Teniente Uribe está corroborado por lo expuesto por los procesados en sus respectivas indagatorias, lo cual configura la plena prueba exigida por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria, el recurrente arguye que ni lo dicho por Mendoza sobre la coacción para que dijera su nombre a un extraño en casa de Cerquera, ni la circunstancia de que Cenón Ladino conociera a David Vargas, ''desde hacía unos tres años'' indican inequívocamente que entre tales sujetos se hubiera integrado una asociación para delinquir de la manera prescrita en el artículo 208 del Código Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Agente del Ministerio Público, señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, hace un minucioso análisis del proceso, en el que estudia detenidamente la prueba que sirvió de base al Tribunal para proferir sentencia condenatoria y los elementos tipificadores del delito de asociación para delinquir, del que se acusó a los sindicados. Concluye solicitando a la Corte que, ''con apoyo a la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, case el fallo demandado y proceda al tenor del artículo 570 ibídem, letra *a*''.

A medida que en el transcurso de la decisión que haya de tomar la Corte en el caso *sub-judice,* se haga necesario, la Sala irá discriminando los diversos argumentos que el señor Agente del Ministerio Público expone para respaldar su petición.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE EN LO RELATIVO AL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR

La circunstancia de plantear la demanda sus pretensiones de que se case la sentencia recurrida, proferida contra los incriminados por el delito de asociación para delinquir, con fundamento en la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, como principal, y la 1ª como subsidiaria, indica que la Corte tendrá que adentrarse en el estudio del recurso en los dos aspectos que presenta el proceso, lógicamente vinculados uno a otro, pero que precisa destacar por separado para las finalidades a que haya de llegarse en las conclusiones. Esos dos aspectos pueden resumirse así:

a) Los elementos que sirven dentro del Código Penal como cuadro legal o tipificador de la asociación para delinquir, con base en el artículo 208 de dicho estatuto, y

b) Si las pruebas aportadas al proceso en la investigación son bastantes a establecer esa delincuencia.

Primer aspecto. Según la doctrina son de varios órdenes los distintos aspectos que separan el delito de asociación para delinquir de otros fenó-

menos semejantes, que podrían confundirlo si no se consigue diferenciarlos como es debido, para darles su fisonomía propia.

En primer término, la asociación de delincuentes (societas delincuentium), constituye una excepción al principio general de que los actos preparatorios del delito no son reprimibles penalmente. Y en segundo término, su calidad de infracción autónoma, *per se,* independiente de los ilícitos que cometan o puedan cometer los asociados delincuentes o banda de malhechores, es decir, aquellos que hagan parte de tal agrupación criminal.

En lo concerniente al primer aspecto, la regla general es que los actos preparatorios de hechos criminosos no entran en la esfera penal mientras conserven carácter de tales. Ello sin duda que por ser equívocos o ambiguos, podrían conducir a errores notorios cuando no demuestran un propósito hacia un determinado fin.

En lo tocante al segundo aspecto, surge éste de la circunstancia de que siendo la asociación criminal un delito de peligro, de simple actividad, concepto éste que pertenece a su propia naturaleza y es de su esencia, pues su fisonomía especial lo cataloga entre hechos potencialmente atentatorios contra la sociedad, por la alarma colectiva que producen y la inseguridad común que determinan, esto mismo indica que no es menester para la existencia de aquel ilícito llevar a cabo los hechos criminosos que la asociación se propuso al constituírse u organizarse en banda criminal, porque esto es independiente de ellos ya que por sí solos conllevan un tipo de infracción penal desvinculado de los otros hechos que los asociados en cuadrilla pudieran cometer. La amenaza social que comportan implica su castigo, por el solo hecho de la asociación, aunque no cometan otro u otros delitos.

Conviene advertir que no basta la reunión fortuita o coincidencial de varios delincuentes y que varios sujetos concurran en la ejecución de un hecho delictuoso. Esto último constituiría una forma de coparticipación criminal, distinta de la asociación para delinquir propiamente dicha.

Giuseppe Maggiore tratando de esta infracción en el código italiano, de notoria influencia en la redacción del Código Penal colombiano, expone:

"El delito consiste en asociarse tres o más personas con el fin de cometer varios delitos.

"Objeto de esta acriminación es la necesidad de impedir que se formen sociedades criminosas, encaminadas a cometer delitos, con peligro permanente del orden público.

"Se trata, pues de un delito de peligro que constituye una excepción al principio del artículo 115 (Código Penal italiano, 'acuerdo para cometer un delito', agrega la Sala), según el cual tal acuerdo entre varias personas no es acriminable, si no se ha cometido.

"El delito de asociación para delinquir (societas delincuentium) se distingue de la coparticipación criminosa (*societas sceleris delincuendi* —asociación en un crimen, en un delito—), porque la coparticipación supone un delito *realmente* existente (consumado o tentado), mientras la asociación supone delitos *intencionalmente* existentes, o sea, como *fin* de la asociación criminosa, por lo cual los partícipes son castigados 'por el solo hecho de participar en la asociación'. Además, la coparticipación es una asociación ocasional para cometer uno o más delitos determinados, mientras la asociación para delinquir tiene carácter permanente, dirigido a cometer una serie indeterminada de delitos.

"Por este aspecto la asociación para delinquir constituye un delito colectivo, perfectamente *autónomo.* Y autónomo, no solo ante la figura de la coparticipación, sino respecto a cada uno de los delitos cometidos por cada asociado".

Refiriéndose a otros aspectos del mismo delito, Maggiore destaca lo siguiente:

Como la ley habla de asociarse tres o más personas, el hecho de "asociarse denota el acuerdo de distintas voluntades de modo permanente, para conseguir un fin común. Pero en el hecho asociativo hay algo más que un acuerdo. El simple 'acuerdo' para cometer un delito no es punible, si el delito no es cometido (art. 115 del C. P.). Lo que cambia el acuerdo en la asociación y lo hace punible por el título que estamos analizando es la asociación de carácter estable. Sin un mínimo de organización no hay asociación criminosa. Por esto la ley, fuera de promoción y constitución, habla de *organización* de la sociedad. Aunque no hay que entender este concepto en el sentido de una asociación formal".

En nota al respecto cita Maggiore una sentencia de la Corte de Casación italiana de marzo de 1937, según la cual "para que haya asociación para delinquir no se necesita una asociación perfecta, de tipo social, pues basta un organismo aún rudimentario, con tal que sea eficiente para su objeto; ni es preciso que todos los componentes de él se conozcan personalmente entre sí, pues basta que conozcan la necesidad del vínculo que los une".

El fin de la asociación para delinquir es cometer varios delitos. Este fin —dice el autor cita-

do— es lo que hace acriminable la asociación, y es necesario demostrar en cada caso que la asociación de que se trata está constituída con el objeto de cometer varios delitos. Tal objeto de la actividad asociativa puede ser únicamente *delitos,* no contravenciones; delitos, se entiende, previstos en el Código Penal o por leyes especiales. Y deben ser *varios.* Ponerse de acuerdo para cometer *un* solo delito, no es acción punible si aquél no es cometido; pues si se comete entramos en la hipótesis de concurso en un mismo delito.

Conviene advertir que los delitos deben ser indeterminados. En algunas legislaciones, como la italiana, por ejemplo, Maggiore da a esta expresión "el sentido de que no puede existir una asociación para delinquir en general, sino únicamente para cometer varios delitos, que en la acusación deben especificarse". Esto último no podría aceptarse en tan amplio significado dentro del Código Penal colombiano, porque es notoria la diferencia entre los dos estatutos, ya que el primero dice específicamente *varios* delitos y en cambio el colombiano apenas habla del propósito permanente de cometer delitos, mediante común acuerdo y recíproca ayuda.

Por lo demás no es indispensable que los delitos hayan sido cometidos o no cometidos efectivamente. "La ley, dice el mismo autor, solo exige que se haya querido cometerlos. Pero si han sido cometidos, los asociados culpables responderán de ellos según las normas del concurso de delitos".

Ya con estos elementos doctrinarios y jurídicos, que sin duda corresponden a la infracción tal como está estructurada en el Código Penal vigente, pueden determinarse los elementos constitutivos o tipificadores del ilícito. Son ellos:

a) Asociación o banda;

b) Número de asociados, que debe ser de tres o más personas;

c) Objeto, que es el de cometer delitos mediante el común acuerdo o recíproca ayuda de los asociados, y

d) Permanencia en el objeto o en tal finalidad.

En cuanto al primer elemento puede decirse que la asociación por sí misma es la que denota el acuerdo de las voluntades para un fin común. Por ello es un presupuesto indispensable para el delito. Pero conviene advertir que para la ley resulta indiferente la manera como se constituya la asociación de delincuentes. Bien puede ser por escrito, con estatutos o sin ellos, o bien en forma verbal, disciplinada o jerárquica.

En lo tocante al segundo elemento, o sea, el número de los asociados varía en las legislaciones, algunas de las cuales exigen mayor número de sujetos que compongan la asociación para delinquir. Así por ejemplo, el código italiano aumenta la pena si el número de asociados fuere diez o más.

En relación al tercer elemento, debe consignarse de manera expresa que el objetivo de estas asociaciones es consumar delitos indeterminados; y es esto lo que precisamente constituye su máximo peligro, desde el punto de vista del orden social y la tranquilidad pública. Merced a tales asociaciones, la comunidad está expuesta a todo género de amenazas.

El último elemento lo caracteriza la circunstancia de que la asociación debe ser siempre permanente. Lo que aparte de diferenciarla del "complot", en el cual el objeto de los complotados es reunirse en forma accidental para cometer un delito determinado, hace también más patente su diferencia con la coparticipación delictuosa y destaca más su autonomía, esto es el concepto de delito independiente o *per se.*

Carrara acentúa este criterio de la permanencia, diciendo:

"Las asociaciones constituídas con el fin de cometer delitos son y deben ser castigadas como delito autónomo por todo gobierno, en razón del peligro social que emerge del solo hecho de su constitución. Tales asociaciones son consideradas por la ciencia y los códigos contemporáneos con el nombre de sociedad criminal o asociación de malhechores. Elemento fundamental para este título delictivo es que se trate de una organización permanente. Este elemento se olvida con frecuencia por los acusadores, los cuales cuando encuentran un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer cualquier delito, se apresuran a imputar sin más el título de asociación de malhechores" ("Programa", Parte Especial, Volumen VI, Nº 3039, pág. 144).

Aspecto segundo. Con los anteriores presupuestos de orden doctrinario corresponde ahora entrar a dilucidar si la prueba del proceso comporta elementos de convicción suficientes para estructurar un delito como el que en sus propios delineamientos legales se ha discriminado.

No basta afirmar en una providencia, como lo hace el Tribunal en el fallo recurrido, que se ha cometido tal o cual infracción y que ésta corresponde a tal título o capítulo del Código Penal. Sino que es menester acoplar los elementos probatorios recogidos dentro del proceso a las exigencias legales que le dan título al delito,

porque de no adecuarse éstas a los elementos tipificadores del hecho, es imposible llegar a producir una sentencia condenatoria. Lo elemental de lo afirmado hace que sea innecesario insistir sobre el particular.

Como ha sido ya suficientemente explicado, a Cenón Ladino y a Adriano Mendoza se les imputa en el proceso un delito de asociación para delinquir, en el supuesto de que por haber sido capturados por la acción de la fuerza pública en la casa rural de Guillermo Cerquera Polo, en compañía de David Vargas, sujeto a quien perseguía la autoridad como presunto antisocial de reconocida trayectoria en actividades contra el orden público y quien pagó con su vida poco después de su captura tales actividades, al pretender la fuga, constituían una banda o asociación, de la que era encubridor el propio Cerquera.

Pero ¿cuál es la base probatoria de tal imputación? En los autos, aparte del testimonio del Teniente Manuel José Uribe Ardila, Comandante del grupo armado del Ejército Nacional que verificó la captura de tales sujetos, no aparecen pruebas colaterales que permitan la afirmación rotunda de que evidentemente el solo hecho de la captura establezca desde el punto de vista legal la existencia del delito imputado.

En efecto, el mismo Teniente Uribe Ardila manifiesta apenas que para realizar la captura solo tuvo en cuenta los rumores que circulaban de que David Vargas comandaba una cuadrilla de bandoleros. Con este único dato llevó a cabo la acción que finalizó con la captura de Vargas y sus compañeros. Como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, colaborador de la Corte, "no existe duda que el mencionado sujeto David Vargas opuso resistencia a las autoridades cuando le intimaron rendición en la fecha aludida; que fue encontrado llevando armas de fuego de exclusivo uso de las fuerzas armadas; que se le hallaron bombas de fabricación casera preparadas, según se afirma en autos, con T. N. T. Pero tales hechos no revelan lógicamente que David Vargas fuera el jefe de una determinada asociación encargada de cometer delitos, porque ni siquiera existe en el informativo algo que indique que contra dicho sujeto se hubiera librado boleta de captura por parte de autoridad alguna. Menos aún obran en este proceso elementos de juicio que indiquen que contra dicho sujeto se hubiere proferido sentencia condenatoria por la comisión de algún delito. Si todo lo anterior se hace evidente en autos, es inexplicable que con fundamento en el testimonio de este último testigo, el Teniente Uribe, se hubiere emitido sentencia condenatoria en el caso *sub-judice,* mas cuando en el mismo fallo recurrido se habla de las 'sospechas' que existían en contra de David Vargas, pero no en la prueba legalmente producida sobre el hecho que se le atribuye: dirigir una banda de antisociales".

Puede aceptarse con base en meras sospechas, que Vargas fuere el jefe de una banda de delincuentes. Pero de esto a concluír que Mendoza y Ladino hicieran parte de ella, con los atributos de rigor legal que acreditan el ilícito de asociación, hay una diferencia tal que implica la afirmación de que no existen elementos bastantes para acreditar el delito que se les atribuye.

Es notorio que en hechos de esta naturaleza sea muy difícil aportar una prueba directa que satisfaga la certeza legal necesaria para proferir sentencia condenatoria. Pero la falta de esto no conlleva al exceso de que las simples sospechas sirvan para remediar las deficiencias probatorias. La sospecha es en puro rigor doctrinario un comienzo de indicio, lo que quiere decir que apenas cuando más puede constituír "un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (latus sensus) que requiere verificarse. La sospecha sola o acompañada de otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero, nunca, ser fundamento para una condenación". (Dellepiane, "Nueva Teoría General de la Prueba", página 99).

De lo anterior se deduce que la Corte no puede menos de concluír, como lo hace el señor Agente del Ministerio Público colaborador, en el siguiente aparte de su completo concepto de fondo:

"Apenas se podrá hablar en el caso *sub-judice* que David Vargas (cuya muerte se produjo momentos posteriores a su captura), Cenón Ladino y Adriano Mendoza integraran un grupo de tres personas y nada más se hallará que permita considerar plenamente comprobado el delito de asociación para delinquir que describe el artículo 208 del Código Penal. Porque es preciso preguntar: ¿de dónde obtiene el Tribunal *ad-quem* la plena prueba de que entre tales sujetos existía una organización cuyo propósito permanente era el de cometer delitos? ¿Obra en autos alguna orden de captura expedida por autoridad alguna contra los tres sujetos mencionados o se halla en el proceso la copia auténtica de sentencia condenatoria alguna contra los mismos? Si tales hechos estuvieran acreditados en este proceso tal vez pudiera pensarse en la organización de David Vargas, Cenón Ladino y Adriano Mendoza con el propósito de cometer delitos y aún queda-

ría por preguntar de dónde inducir la permanencia de tal propósito delictual.

"Y, por otra parte, cuál es la plena prueba que obra en autos de la cual sea dable inducir lógicamente que dichos sujetos integraban una asociación con el propósito mencionado y mediante 'el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados'; porque tal elemento no lo configuran las simples 'sospechas' del Teniente Uribe Ardila y las que tenían Julio Cedeño Tovar (fl. 59 vto. del cuad. 1º) y Arturo Castañeda Losada (fl. 63 ibídem), pues los dos últimos hablan sobre los rumores que circulaban en la región de Teruel en contra de Vargas y Ladino como miembros de una banda de antisociales pero sin aportar ningún elemento digno de crédito que conforme la plena prueba de la actividad delictual que se les atribuye. Tiene razón el Tribunal *ad-quem* cuando al referirse a Cenón Ladino (en la conclusión segunda del fl. 17; cuad. 2º) habla de las 'serias sospechas como partícipe de actividades delictuosas', sin atreverse a mencionar cuáles en concreto son tales actividades. No podría obrar en forma contraria porque el proceso no cuenta con la prueba que señale a Cenón Ladino, a David Vargas y a Adriano Mendoza como sujetos requeridos por las autoridades contra quienes pese en su contra sentencia condenatoria alguna que se halle ejecutoriada. Y no cabe argüir en contra de Mendoza que el oficio del folio 107 del cuaderno principal sirve de antecedente delictivo, porque otra prueba es la que exige la ley para acreditar los antecedentes criminales; al proceso no se ha aportado la copia auténtica de los fallos condenatorios proferidos contra Rosendo Mendoza y falta aún por comprobar si este sujeto es el mismo Rosendo Mendoza Cerquera a que se refiere el oficio del folio 107 del cuaderno primero".

De las apreciaciones anteriores, deduce el señor Agente del Ministerio Público, que contra los procesados Mendoza y Ladino, no obra en autos más que una sola prueba, cual es la del testimonio del Teniente Uribe "vago en cuanto a los cargos concretos que formula", la que por sí sola no es bastante para llenar los requisitos exigidos en el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, para proferir sentencia condenatoria.

Se han mencionado los presupuestos constitutivos del delito de asociación para delinquir, precisamente por la circunstancia de que en el caso de autos era absolutamente indispensable su confrontación con los elementos probatorios allegados al proceso. El hecho es que, solo uno de los elementos que tipifican al delito tiene plena confirmación en los autos. Esto es el referente a la circunstancia de que en la captura verificada en la casa de Cerquera Polo, a la orden de rendición de la fuerza pública, salieron más de tres individuos, lo que sin duda alguna constituye el elemento numérico que la ley señala. Porque en cuanto los otros, nada autoriza en los autos a afirmar que haya habido asociación en el sentido jurídico de la palabra, desde luego distinto a toda índole de asociación formal, aunque sea meramente rudimentaria. Y en lo tocante a que los sujetos capturados en la casa de Cerquera hubiesen hecho pacto de vínculo permanente para ejecutar acciones delictivas, nada conduce en el proceso a una afirmación que carece en absoluto de la más mínima comprobación. Ya se ha visto que la doctrina y el Código Penal son rotundos en exigir como elemento del delito de asociación que los mismos que la componen se unan con un vínculo permanente, permanencia que tiene que ser como lo quiere el estatuto con un propósito determinado de cometer delitos mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados.

Nada de esto se descubre en los autos. Antes por el contrario, se nota una deficiencia probatoria que pudo muy bien colmarse con una investigación llevaba a cabo con una mejor técnica. Porque es manifiesto que en el proceso se dejaron de investigar hechos que de haberlo sido sin duda alguna habrían llevado a conclusiones distintas. La prueba es que entre los distintos funcionarios que han conocido del proceso, las diferencias de apreciación son tan protuberantes, como que este recurso extraordinario que ahora se decide no puede pretender otra cosa que concluír en la decisión de que el proceso no presenta prueba adecuada y bastante para mantener una sentencia condenatoria, en cuanto al delito que se imputa a Cenón Ladino y a Adriano Mendoza.

El estudio de la causal segunda por lo mismo que prospera, hace inconducente el de la causal primera, también invocada de manera subsidiaria por el recurrente.

DEMANDA DE GUILLERMO CERQUERA POLO

El doctor Alvaro Sánchez Silva, en representación del procesado Guillermo Cerquera Polo, condenado a la pena principal de 18 meses de arresto, como responsable del delito de encubrimiento, sustenta su demanda de casación basado en los siguientes argumentos:

El recurrente invoca la causal prevista en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y la señalada en el numeral 1º ibídem, de manera subsidiaria. Con base en las citadas causales impugna la sentencia del Tribunal Superior de Neiva.

Afirma el libelo que los puntos principales en que se basó el Tribunal para proferir sentencia condenatoria contra Cerquera Polo, son los siguientes:

A) Que de lo afirmado por Cerquera se deduce que éste tenía conocimiento de las actividades delictuosas de David Vargas.

Replica el recurrente este punto diciendo que las afirmaciones de Cerquera (fl. 18 y 98 del cuad. 1º), no pueden convertirse en prueba contra él, ya que no sabía que David Vargas "hubiera cometido un delito determinado, ni que estuviera asociado con Ladino y Mendoza en los términos previstos en el artículo 208 del Código de las penas. En consecuencia, el honorable Tribunal incurrió en un grave error al atribuír a los dichos de Cerquera un valor que no tienen, con violación de los artículos 203, 204, 205, 206, 216, 227 en concordancia con el artículo 25 de la Carta y 255 del Código de Procedimiento Penal".

B) Que ya en otras ocasiones Cerquera había dado hospedaje en su casa a David Vargas, y que la noche de la captura observó que estaba armado.

La demanda refuta esta afirmación, sosteniendo que lo dicho por Cerquera, de que había dado alojamiento a Vargas porque se sintió coaccionado por éste, no está desmentido en el proceso, y por tanto debe dársele credibilidad. En tal forma, dice, "se ha cometido un tremendo error al valorar estos hechos, con violación del artículo 23, numeral 1º del Código Penal y de los artículos 203, 204, 205, 206, 216, 227, en concordancia con el artículo 25 de la Constitución y 255 del Código de Procedimiento Penal".

C) Que Cerquera y David Vargas eran conocidos desde hacía como tres años.

A esto responde el recurrente, que no tiene ninguna importancia jurídica, puesto que del hecho de conocer físicamente a una persona, no se infiere, necesariamente, que pueda ser encubridor de los delitos que ésta haya podido cometer.

D) Que al momento de verificarse la captura de Vargas y los otros sindicados en la casa de Cerquera, éste no ha debido suponer que el abaleo que se presentó allí, fuera obra de los bandoleros, ya que el Teniente Uribe dio la orden de rendición tratándolo de "alcahuete".

La demanda, respecto de este punto, dice que no puede tener valor alguno, ya que Cerquera "salió tan pronto constató que efectivamente se trataba de fuerzas del orden y apenas le fue permitido por haber cesado el fuego de las tropas contra la casa y sus moradores". Tal aserto no prueba la responsabilidad penal de Cerquera como autor del delito de encubrimiento, y que por ende el Tribunal lo valoró erróneamente, violando así los artículos 216 y 255 del Código de Procedimiento Penal.

Bajo la denominación de "Segundo Cargo", el recurrente con fundamento en la causal segunda de casación, afirma que "se ha negado a algunos hechos su real valor probatorio". Se remite el impugnador a lo aseverado por Cerquera en sus indagatorias, afirmando que su versión es uniforme y no está contradicha en los autos, lo cual demuestra su ninguna responsabilidad del delito que se imputa. Dice que a la confesión del reo se le negó su calidad de indivisible "que indudablemente exhibe en el caso de autos, cometiéndose un grave error por el fallador de segunda instancia".

Como "Tercer Cargo", la demanda aduce la circunstancia de que "no se tomaron en cuenta hechos que están acreditados en el proceso". Lo enumera así:

A) Que el *ad-quem* no dio suficiente crédito a las referencias sobre la buena conducta de Cerquera dadas por el Teniente Uribe; y que su comportamiento en la noche de la captura indica más bien que estaba ayudando a las Fuerzas Armadas en la consecución de sus fines.

B) Hace el impugnador un análisis de las circunstancias en que se cumplió la operación militar de la captura, y plantea el siguiente dilema:

"...O Vargas era el antisocial peligrosísimo de que nos habla Uribe y entonces encontramos la causal de justificación a que antes se ha hecho referencia y que se contiene en el numeral 1º del artículo 25 del Código Penal; o era un ciudadano común y corriente y entonces mal se puede afirmar que estuviera asociado para delinquir con Ladino Mendoza o con otros, y mucho menos que Cerquera Polo fuera encubridor de sus delitos. También se ha incurrido en un grave error al desconocer la sentencia acusada estos hechos, porque ellos liquidan la categoría de indicios que se han tratado de dar a otros y hace que no se tomen en cuenta circunstancias que eximen de

responsabilidad. Las normas violadas son las mismas y además el artículo 23 del Código Penal''.

C) Acusa de errónea la apreciación de los hechos por parte del Tribunal porque ''ha partido de la base de que efectivamente Vargas, Ladino y Mendoza se encontraban asociados para delinquir''. Transcribe apartes de la demanda presentada por el doctor Juan Romero, de lo cual deduce que como el delito no se ha probado, mal podría hablarse de encubrimiento por parte de Cerquera de tal ilícito.

D) Considera el demandante que otro hecho que se dejó de apreciar en su verdadero valor probatorio es ''el interés de algunos testigos en perjudicar a los incriminados y sobre actuaciones irregulares de algunos funcionarios que han intervenido en la formación del plenario''. Cita los testimonios de Julio Cedeño y Arturo Castañeda, ''quienes voluntariamente se presentaron a declarar, y cuya parcialidad quedó demostrada en el contrainterrogatorio que se hizo al primero y en la certificación que obra al folio 69 al último''. Examina la carta que obra al folio 48 y las actuaciones ''irregulares'' del Juez 32 de Instrucción Criminal. No obstante lo anterior, el recurrente aclara que estas circunstancias no se refieren de manera directa a los hechos investigados, pero sí son motivos razonables para que el Tribunal hubiera pesado más las probanzas en que fundamentó su sentencia.

E) El último hecho en el cual apoya el demandante su tercer cargo contra la sentencia, lo expone así:

''Finalmente se pasaron por alto las declaraciones sobre buena conducta de los incriminados; el hecho de no registrar antecedentes en las dependencias del DAS; el hecho de que contra Vargas no haya constancia de que existiera una sola orden de captura; el de que el mismo Juzgado Superior de Neiva, según certificación que obra al folio 52 del cuaderno principal, revocó el auto de detención proferido por el Juez 36 de Instrucción Criminal contra Cenón Ladino dentro del proceso adelantado en averiguación de los responsables del asesinato del señor Claudio Pérez, siendo así que era esta sindicación uno de los motivos que llevaron al Teniente Uribe o considerar peligroso a Ladino Perdomo.

''Es obvio que al desechar estas pruebas se han disminuído los medios de defensa de los incriminados, o mejor, la defensa ha sido inútil, porque se parte de la base, en el fallo acusado, de que son delincuentes peligrosísimos, sin que esto se halle probado en parte alguna. Se han infringido las normas del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 7º del Decreto 0012 de 1959''.

Hace consistir el impugnador el ''Cuarto Cargo'' contra la sentencia, en el hecho de que Cerquera obró la noche de autos bajo el influjo de la coacción insuperable ejercida por David Vargas. Dice al efecto:

''Es realmente triste la situación de los campesinos, porque carecen de medios para escapar a la terrible alternativa que se les presenta: si son complacientes con los antisociales, vienen a ser perseguidos por las fuerzas del Gobierno o por la justicia; si por el contrario, colaboran con las autoridades, serían víctimas de los antisociales. No les queda otro camino que ser complacientes con ambos''.

En lo tocante a la causal primera de casación, que el recurrente invoca subsidiariamente, se puede resumir de la siguiente manera:

Afirma el libelo que como en el presente caso no se halla plenamente demostrado el delito de asociación para delinquir, del cual fueron sindicados Ladino y Mendoza, mal puede hablarse de la comprobación plena del delito de encubrimiento de que trata el artículo 199 del Código Penal y que al aplicar este texto legal se ha incurrido en la violación de la ley penal sustantiva, por indebida aplicación de la misma.

Finalmente, el demandante pide a la Corte ''invalidar la sentencia acusada, y dictar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, la que haya de reemplazarla, que no puede consistir sino en la absolución de mi mandante''.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD DE GUILLERMO CERQUERA POLO

Los dos motivos de impugnación de la demanda se reducen, en síntesis, a tratar de demostrar que por no estar establecido el delito que sirve de base al encubrimiento, tal infracción no existe.

Esto sería valedero jurídicamente si en los casos de encubrimiento y también en el de falso testimonio, v. gr. no pudiera existir en teoría una especie de conexidad circunstancial, de la cual los casos enunciados serían ejemplo los dos delitos mencionados.

Pero sin necesidad de esa contingencia, el hecho evidente es que la responsabilidad de Cerquera no es indispensable analizarla a través de la posible conexidad para aplicarle la norma del

artículo 54 del Código de Procedimiento Penal. Una razón de economía procesal manifestó en este caso la situación jurídica que se contempla, esto es que, dentro del proceso por el delito de asociación para delinquir se haya investigado al mismo tiempo la posible responsabilidad de quien se sindica como encubridor de ese reato.

Pero esta misma razón pone de manifiesto que sin necesidad de que el delito de encubrimiento imputado a Cerquera siga las mismas consecuencias de la falta de comprobación del ilícito principal y aunque sea independiente de aquél, el hecho es que tampoco está establecido en el proceso.

Todo conduce a concluír que también en el caso del encubrimiento no existe la prueba requerida para condenar; y por el contrario la conducta del incriminado da margen para pensar que su actuación no conlleva ánimo ninguno doloso en el sentido de presentar una de las formas del encubrimiento, esto es la ocultación, de las personas o elementos del delito, porque aún en la peor de las ocurrencias no podría configurarse el modo de proceder de Cerquera sino como una coacción moral, resultante de las condiciones de orden público vigentes en la región en donde vivía y tenía sus actividades económicas, que propiciaron que dentro de tales circunstancias se viera compelido a admitir para pernoctar en su casa de habitación a sujetos antisociales, como es el caso de David Vargas, quien se encontraba el día de los hechos dentro de las habitaciones que el sindicado ocupaba con su familia en una de las fincas de su propiedad.

La Sala, dadas las condiciones sociológicas en que en la actualidad se presentan estos hechos en el país, aprecia en su verdadero valor el siguiente concepto del demandante, cuando dice:

"Es realmente triste la condición de los campesinos, porque carecen de medios para escapar a la terrible alternativa que se les presenta: si son complacientes con los antisociales, vienen a ser perseguidos por las fuerzas del Gobierno o por la justicia; si por el contrario, colaboran con las autoridades, serían víctimas de los antisociales. No les queda otro camino que ser complacientes con ambos".

La extensa motivación del señor Agente del Ministerio Público también la prohija la Sala, así como las conclusiones a que llega, para solicitar que se resuelva el proceso en idéntico sentido a como habrá de decidirse.

DECISION DE LA CORTE:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *invalida* el fallo recurrido y en su lugar absuelve a los procesados Cenón Ladino, Adriano Mendoza y Guillermo Cerquera Polo, de los delitos que se les imputó en este proceso, y a los cuales se hizo referencia.

Como aparece que dichos sujetos se encuentran detenidos, líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional, *siempre que contra ellos no exista detención por otro u otros delitos o que sean requeridos por alguna otra autoridad.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

Los extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

ESTIPULACIONES ILEGALES SOBRE DURACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. PLAZO PRESUNTIVO.

Si en el contrato de trabajo se fija un término de duración superior al permitido por la ley, la estipulación respectiva debe considerarse como no escrita, para entrar a regir el plazo presuntivo.

El contrato de trabajo celebrado entre las partes del presente litigio, consignado por escrito, dice en su cláusula 1ª: "El señor Domingo Pérez prestará sus servicios profesionales a los señores contratantes por el período de cuatro años, prorrogable a voluntad de ambas partes".

El trabajo comenzó a prestarse el 21 de agosto de 1956 y terminó el 31 de enero de 1957 por decisión del patrono. Negó éste, en la respuesta a la demanda, que la extinción del vínculo hubiera sido ilegal, pero en el proceso se demostró que no obedeció a una justa causa, hecho que en casación acepta el recurrente.

La cuestión jurídica debatida en el recurso al conocimiento de la Corte se reduce a investigar si es válida o ilegal la cláusula contractual transcrita anteriormente por el término máximo que la ley permite (dos años), como lo sostiene el Tribunal, o si por el contrario la estipulación debe estimarse ineficaz, tesis que propugna el recurrente.

Conforme al artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezca la legislación del trabajo, fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de las estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que la ineficacia se reconozca o declare judicialmente.

El contrato de trabajo, a término fijo, no puede ser inferior a cuatro meses ni exceder de dos años, sin perjuicio de su renovación indefinida. Así lo establece el artículo 46 del CST, modificado por el 2º del Decreto 617 de 1954.

Cuando el término de duración no haya sido estipulado o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio, el contrato se presume celebrado

por términos sucesivos de seis en seis meses, según lo preceptuado en el artículo 47 del Código en cita.

Si una cláusula como la que se examina, no produce ningún efecto, debe ser considerada como inexistente o como no escrita. Borrada del contrato, queda éste sin estipulación sobre término de duración. Cuando así ocurre la ley dispone que la relación de trabajo rija por el plazo presuntivo, según el precepto del Código citado anteriormente.

Contempla el artículo 43 una excepción, y es la de que no obstante la imposibilidad de que la cláusula produzca efecto alguno, subsisten los derechos del trabajador por salarios y prestaciones legales por todo el tiempo de duración del servicio, si la labor ejecutada es lícita, hasta que la ineficacia de la estipulación haya sido reconocida o declarada judicialmente. Por consiguiente, todo se reduce a indagar cuál fue el tiempo servido, desde la fecha en que se inició, y, en su caso, cuál es el tiempo faltante para completar el respectivo plazo presuntivo, con el fin de saber qué derechos corresponden al trabajador, para decretar los que sean procedentes, de acuerdo con las peticiones de la demanda y las pruebas del proceso. Interesa conocer, pues, el tiempo laborado, sea éste inferior o superior al límite legal o al plazo estipulado por las partes. En cualquiera de esas hipótesis, a pesar de la ineficacia de la cláusula, no sufren lesión alguna los derechos del trabajador. Procede siempre el reconocimiento de los que emanen del contrato, con sujeción al plazo presuntivo. En el caso sub judice ocurre que los servicios prestados por el empleado sólo tuvieron una duración de cinco meses diez días. Luego, si era esa la situación procesal, el lucro cesante, sobre la base de que el contrato terminó por decisión ilegal del patrono, no podía abarcar sino los salarios por veinte días, tiempo faltante para completar el primer período del plazo presuntivo. Extender la condena por el tiempo que faltaba hasta completar dos años, dándole validez a la cláusula contractual por ese límite, como lo hace el Tribunal, envuelve errónea interpretación del artículo 43 e infracción de las demás normas que el cargo cita, por indebida aplicación.

Si la cláusula en examen es ilegal porque le fija al contrato cuatro años de duración, reducirlo a dos para acomodarlo a la ley, lleva a estos resultados: la suplantación de la voluntad de los contratantes, por una parte, y la sustitución de la voluntad del legislador, por otra, pues eliminada del contrato la estipulación ineficaz, no puede ser reemplazada por otra, ya que en tal evento aquél ha dispuesto que la convención se sujete al plazo presuntivo. La decisión del Tribunal, como bien lo observa el recurrente, conduce a la consecuencia de que cuando la ley dice que el pacto no producirá "ningún efecto", se entienda así: "ningún efecto, salvo los que resultarían de haberse pactado de acuerdo con la ley violada por la estipulación". No se presta el artículo 43 del Código para darle el entendimiento que le atribuye el Tribunal, como resulta de las anteriores consideraciones.

No sobra advertir que el Tribunal Supremo, en caso igual al presente, llegó a la conclusión de que la cláusula que estipule un plazo de duración superior al máximo legal, carece de validez o no produce ningún efecto. (Sentencia de casación de fecha 8 de febrero de 1955). Agrega el fallo: "En tal virtud, el vínculo de autos no puede considerarse de duración determinada, ni celebrada por los dos años expresados por el demandante, sino por tiempo indefinido, lo cual impone legalmente uno de seis meses, conforme al artículo 47 del estatuto". Esta Sala de la Corte mantiene esa doctrina, ajustada a las respectivas disposiciones legales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito

Domingo Pérez Serrano demandó, por medio de apoderado, a Benjamín Leguizamón, para que previos los trámites del juicio ordinario laboral, se condene al demandado por sentencia a pagarle: el valor de los salarios por el tiempo faltante del plazo del contrato de trabajo, "durante el tiempo permitido por la ley", por un valor de $ 7.866.60; la remuneración devengada y no pagada, cuyo importe es la suma de $ 400.00; la indemnización moratoria; el valor de los gastos de repatriación del actor, determinado por peritos; las demás deudas que se demuestren en el juicio y las costas.

En su relación de hechos la demanda afirma, como fundamentales, los siguientes:

Domingo Pérez S., ciudadano español, prestó servicios personales a Benjamín Leguizamón y Antonio García Leyva, para lo cual tuvo que trasladarse de España a Bogotá, en agosto de

1956. La función desempeñada por el trabajador fue la de Pastelero, iniciada el 21 de agosto de 1956 y concluída el 31 de enero de 1957 por voluntad unilateral del demandado Benjamín Leguizamón. Como retribución de los servicios del empleado se pactó un sueldo de $ 400.00 mensuales. Las relaciones entre las partes estuvieron regidas por contrato de trabajo consignado por escrito, para cuya duración se fijó un plazo de cuatro años, cuya vigencia debe reducirse a dos según la ley. Los patronos se obligaron a repatriar al trabajador a España, obligación que ellos no cumplieron. Al terminar el contrato dejaron de pagarle una mensualidad y las prestaciones sociales causadas. La ruptura de la convención no tuvo una justa causa, ocasionándole perjuicios al trabajador, representados en el valor de los sueldos que dejó de percibir por el tiempo faltante hasta completar dos años (19 meses 20 días). El señor Antonio García Leyra falleció en septiembre de 1956, hecho sin consecuencias en la ejecución del contrato pues los servicios fueron prestados bajo la dependencia del otro demandado, Benjamín Leguizamón.

Corrido el traslado de la demanda, fue contestado por el mandatario judicial de Benjamín Leguizamón. Acepta la respuesta que las relaciones entre las partes estuvieron regidas por el contrato escrito de trabajo obrante en autos (f. 7), en el cual se estipuló como término de duración el de cuatro años. Admite también que el trabajo empezó y terminó en las fechas que indica el libelo promotor del juicio, y niega que la convención hubiera terminado sin justa causa. Como excepciones perentorias propuso las de nulidad, pago, transacción, cosa juzgada y la de inexistencia de la obligación.

Los fallos de instancia.

El de primer grado condena al demandado a pagar al actor: Primero. La suma de $ 279.93 a título de perjuicio compensatorio "correspondiente al plazo presuntivo". Segundo. Al suministro al demandante de los gastos al lugar de su residencia en España, obligación que debe cumplir el demandado cinco días después de la ejecutoria del fallo. Tercero. Absuelve a Benjamín Leguizamón de los demás cargos, y lo condena en costas en un 50% (numeral cuarto).

En relación con la súplica sobre perjuicios por lucro cesante, dice el Juzgado que la estipulación de cuatro años como término de duración del contrato es ilegal, pues el máximo que la ley permite es el de dos años. Que no produciendo la cláusula contractual ningún efecto, rige el término presuntivo de seis meses, como lo ha decidido la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 8 de febrero de 1955, dictada en el juicio de Naaman y Nehme contra la "Fábrica de Camisas y Ropa Interior American Ltda.".

El de segunda instancia, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, de fecha 29 de abril de 1959, revoca los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia del Juzgado *a-quo* y, en su lugar, condena al demandado a pagar al actor la suma de $ 7.466.66 a título de indemnización de perjuicios por lucro cesante (numeral 1º); lo absuelve de los demás cargos (numeral 2º); confirma el numeral cuarto de la referida sentencia (numeral 3º); y se abstiene de la condena en costas (numeral 4º).

Dice el Tribunal, en el estudio que hace de la petición sobre pago de perjuicios compensatorios, que el término máximo de duración del contrato de trabajo es el de dos años, según la ley. Que si las partes exceden ese límite, como ocurrió en el caso de autos, debe estimarse que su intención fue la de celebrar un contrato por término fijo, el cual no podía exceder de dos años, por lo que el lucro cesante comprende el valor de los salarios faltantes para el vencimiento de tal plazo, o sean, 18 meses, 20 días. Por tanto —agrega— el contrato sólo vendría a terminar el 20 de agosto de 1958, y como el demandado lo dio por extinguido ilegalmente, la indemnización por lucro cesante asciende a la cantidad de $ 7.466.66.

Recurrió en casación la parte demandada. Concedido el recurso, admitido por la Sala y preparado aquí debidamente, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

La demanda de casación.

Aspira a la casación parcial de la sentencia, en cuanto condena al demandado al pago de la suma de $ 7.466.66 por lucro cesante, o sea el equivalente de los sueldos devengados por el actor en 18 meses 20 días, y en lo tocante a la condena en costas, confirmándola en lo demás.

Invoca la primera causal de casación. Con base en ella formula un solo cargo, en el cual acusa violación del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación e infracción consecuencial, por aplicación indebida, del artículo 64 en relación con los artículos 46 y 47 ibídem.

Para demostrar el cargo, dice el recurrente:

Según el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo las estipulaciones o condiciones ilíci-

tas o ilegales, no producen ningún efecto, esto es, se consideran como no escritas, resultando inexistentes y no simplemente nulas, pues éstas son capaces de producir algún efecto. El artículo 46 del mismo Código prohibe estipular un plazo fijo mayor de dos años, y el 47 ibídem establece el plazo presuntivo de seis meses, a falta de uno determinado. De esas normas ha deducido la Corte y antes el Tribunal Supremo, que un contrato en que se pacten cuatro años de duración queda regido por el plazo presuntivo, ya que la estipulación por cuatro años no produce ningún efecto. Del mismo modo, el convenio sobre período de prueba por seis meses, por ejemplo, tampoco produce ningún efecto, frente a la prohibición de pactarlo por más de dos que consagra el artículo 78 de la ley laboral, y no se entendería que ese período de prueba ilegal queda reducido al máximo de dos meses que la ley permite; por ser inexistente la estipulación del período de prueba, el contrato queda atado por períodos presuntivos de seis meses. El argumento del Tribunal de que debe estarse a la intención de los contratantes más que al texto de la cláusula es interesante para promover una reforma legislativa, pero mientras no se expida, ningún Juez o Tribunal podrá declarar que donde la ley dice "ningún efecto", deba entenderse ningún afecto, salvo los que resultarían de haberse pactado de acuerdo con la ley violada por la estipulación. "Porque eso no sería una interpretación jurisprudencial sino una asunción de la potestad legislativa por un órgano distinto del previsto en la Constitución". La errada interpretación del artículo 43 produjo la indebida aplicación del 64, sobre indemnización, por lucro cesante, "en relación con los artículos 46, que habla del plazo máximo de dos años, y 47, que instituye los semestres presuncionales".

El apoderado de la parte opositora, sostiene que la sentencia es legal. Entre otras consideraciones, expone las siguientes:

La limitación al término máximo del contrato se hizo para proteger a los trabajadores en su libertad para escoger profesión u oficio. Si se pactó por más, quiere decir que ese término obligaba al trabajador por dos años, a pesar de lo pactado; quiere decir que el lucro cesante era igual al tiempo faltante para completar el máximo que la ley establece para los contratos a término fijo. Otras conclusiones servirían para cohonestar, especialmente respecto de trabajadores extranjeros, el proceder del patrono de halagarlos con contratos de larga duración, que luego incumpliría, alegando la ilicitud de estipulaciones propuestas por él. En estos casos no puede aplicarse el plazo presuntivo, pues según el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo la norma se aplica cuando la duración de la relación jurídica laboral no haya sido expresamente pactada, y en el caso de autos fue materia de estipulación, pero como ella abarcó un lapso superior al que la ley permite, debe concretarse la voluntad de las partes hasta ese límite, y no concluír, porque sería desconocer la realidad, que los contratantes no expresaron nada sobre el particular.

Consideraciones de la Corte:

1. El contrato de trabajo celebrado entre las partes, consignado por escrito, de fecha 9 de mayo de 1956 (f. 7), dice en su cláusula 1ª: "El señor Domingo Pérez prestará sus servicios profesionales a los señores contratantes por el período de cuatro años, prorrogable a voluntad de ambas partes".

El trabajo comenzó a prestarse el 21 de agosto de 1956 y terminó el 31 de enero de 1957 por decisión del patrono. Negó éste, en la respuesta a la demanda, que la extinción del vínculo hubiera sido ilegal, pero en el proceso se demostró que no obedeció a una justa causa, hecho que en casación acepta el recurrente.

La cuestión jurídica debatida en el recurso al conocimiento de la Corte se reduce a investigar si es válida o ilegal la cláusula contractual transcrita anteriormente por el término máximo que la ley permite (dos años), como lo sostiene el Tribunal, o si por el contrario la estipulación debe estimarse ineficaz, tesis que propugna el recurrente.

2. Conforme al artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezca la legislación del trabajo, fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas e ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de las estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que la ineficacia se reconozca o declare judicialmente.

El contrato de trabajo, a término fijo, no puede ser inferior a cuatro meses ni exceder de dos años, sin perjuicio de su renovación indefinida. Así lo establece el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 2º del Decreto 617 de 1954.

Cuando el término de duración no haya sido estipulado o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio, el contrato se presume celebrado por términos sucesivos de seis en seis meses, según lo preceptuado en el artículo 47 del Código en cita.

3. Si una cláusula como la que se examina, no produce ningún efecto, debe ser considerada como inexistente o como no escrita. Borrada del contrato, queda éste sin estipulación sobre término de duración. Cuando así ocurre la ley dispone que la relación de trabajo se rija por el plazo presuntivo, según el precepto del Código citado anteriormente.

Contempla el artículo 43 una excepción, y es la de que no obstante la imposibilidad de que la cláusula produzca efecto alguno, subsisten los derechos del trabajador por salarios y prestaciones legales por todo el tiempo de duración del servicio, si la labor ejecutada es lícita, hasta que la ineficacia de la estipulación haya sido reconocida o declarada judicialmente. Por consiguiente, todo se reduce a indagar cuál fue el tiempo servido desde la fecha en que se inició y, en su caso, cuál es el tiempo faltante para completar el respectivo plazo presuntivo, con el fin de saber qué derechos corresponden al trabajador, para decretar los que sean procedentes, de acuerdo con las peticiones de la demanda y las pruebas del proceso. Interesa conocer, pues, el tiempo laborado, sea éste inferior o superior al límite legal o al plazo estipulado por las partes. En cualquiera de esas hipótesis, a pesar de la ineficacia de la cláusula, no sufren lesión alguna los derechos del trabajador. Procede siempre el reconocimiento de los que emanen del contrato, con sujeción al plazo presuntivo. Y ocurre que en el caso *subjudice* los servicios prestados por el empleado sólo tuvieron una duración de cinco meses diez días. Luego, si era esa la situación procesal, el lucro cesante, sobre la base de que el contrato terminó por decisión ilegal del patrono, no podía abarcar sino los salarios por veinte días, tiempo faltante para completar el primer período del plazo presuntivo. Extender la condena por el tiempo que faltaba hasta completar dos años, dándole validez a la cláusula contractual por ese límite, como lo hace el Tribunal, envuelve errónea interpretación del artículo 43 e infracción de las demás normas que el cargo cita, por indebida aplicación.

4. Si la cláusula en examen es ilegal porque le fija al contrato cuatro años de duración, reducirlo a dos para acomodarla a la ley, lleva a estos resultados: la suplantación de la voluntad de los contratantes, por una parte, y la sustitución de la voluntad del legislador, por la otra, pues eliminada del contrato la estipulación ineficaz, no puede ser reemplazada por otra, ya que en tal evento aquél ha dispuesto que la convención se sujete al plazo presuntivo. La decisión del Tribunal, como bien lo observa el recurrente, conduce a la consecuencia de que cuando la ley dice que el pacto no producirá "ningún efecto", se entienda así: "*ningún efecto,* salvo los que resultarían de haberse pactado de acuerdo con la ley violada por la estipulación". No se presta el artículo 43 del Código para darle el entendimiento que le atribuye el Tribunal, como resulta de las anteriores consideraciones.

No sobra advertir que el Tribunal Supremo, en caso igual al presente, llegó a la conclusión de que la cláusula que estipule un plazo de duración superior al máximo legal, carece de validez o no produce ningún efecto. (Sentencia de casación de fecha 8 de febrero de 1955, dictada en el juicio seguido por Naaman y Nehme contra "Fábrica de Camisas y Ropa Interior American Ltda."). Agrega el fallo: "En tal virtud, el vínculo de autos no puede considerarse de duración determinada, ni celebrado por los dos años expresados por el demandante, sino por tiempo indefinido, lo cual impone legalmente uno de seis meses, conforme al artículo 47 del estatuto". Esta Sala de la Corte mantiene esa doctrina, ajustada a las respectivas disposiciones legales.

5. Con referencia a los argumentos del opositor, la Sala observa: La ley del trabajo es de orden público (art. 14 del CST.). Una ley de tal naturaleza no puede ser derogada por convenios particulares (art. 16 del C. C.), pues son indisponibles las relaciones jurídicas que reglamenta. El hecho de que el trabajador sea extranjero, no lo sustrae de la aplicación de la ley nacional, como tampoco de la jurisdicción del Juez colombiano, cuyo ámbito tiene el mismo límite espacial de aquélla (arts. 18 del C. C. y 2º del C. S. T.).

De todo lo dicho es preciso concluír que es jurídica la tesis del recurrente y que, por tanto, prospera el cargo.

En consecuencia, casará la Corte el fallo recurrido en cuanto a la condena por lucro cesante, para limitarla al pago de los salarios por el tiempo que faltaba para completar el plazo presuntivo.

Fallo de instancia:

Le sirven de fundamento las consideraciones hechas por la Sala en el estudio del cargo. A ellas se agregan las siguientes: Está demostrado en el juicio que el contrato de trabajo tuvo ejecu-

ción durante el período comprendido entre el 21 de agosto de 1956 y el 31 de enero de 1957 (cinco meses diez días), e igualmente que el salario pactado y devengado por el empleado fue el de $ 400.00 mensuales. Para completar el primer plazo presuntivo faltaron 20 días; el salario correspondiente a esos días vale la cantidad de $ 266.66. El fallo de primera instancia fija por tal concepto la suma de $ 279.93. La Sala mantendrá la condena por esa cifra en atención a que fue aceptada por la demanda de casación en el *petitum*.

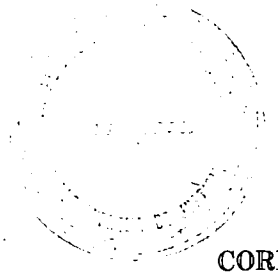
A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa la sentencia recurrida en cuanto revoca la de primera instancia respecto a la condena a título de perjuicio compensatorio y, en su lugar, confirma sobre este punto la decisión del Juzgado *a-quo*, quedando reducido el valor del lucro cesante a la suma de doscientos setenta y nueve pesos noventa y tres centavos ($ 279.93), que dicha decisión señala. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CORRETAJE. TECNICA DE CASACION.

1. La norma del artículo 1º del Decreto 456 de 1956 es de naturaleza procesal y la casación sólo es viable cuando la sentencia sujeta al recurso viola preceptos sustantivos. 2. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor, es comerciante. Sea la negociación sobre cosas muebles o inmuebles y cualquiera la calidad de las partes contratantes, el corretaje, como tal, será regido por ley comercial. 3. Ineficacia del recurso de casación por equivocada citación de las normas infringidas.

1. El recurrente señala como violado por la sentencia acusada el Decreto 456 de 1956 "por el cual se facilita el cobro de honorarios y otras remuneraciones de carácter privado". Aunque ninguna consideración hace al desarrollar el cargo sobre la manera como el juzgador pudo haber violado esa norma, pues sólo en el capítulo denominado "alcance de la impugnación" consigna algunas razones de las que movieron al gobierno a expedir ese Decreto, la Sala, en esta oportunidad, reitera lo que sobre este punto dijo en sentencia de 31 de mayo de 1960 (G. J., T. XCII, 1.129), que a continuación se transcribe, por ser aplicable a la cuestión jurídica debatida en el presente juicio:

"El Decreto 456 de 1956, en su artículo 1º, regula estas materias: a) La jurisdicción; b) La competencia; y c) El trámite, tanto para el juicio de conocimiento sobre declaración de obligaciones derivadas de servicios personales independientes como el de ejecución de las mismas.

"El precepto sustrae de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada para atribuírlo a la justicia del trabajo, y al mismo tiempo señala la vía ordinaria laboral para la decisión del proceso de cognición y del procedimiento del juicio ejecutivo del trabajo para su cumplimiento.

"Según los términos de la disposición del decreto, sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. Por consiguiente la relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente.

"La norma del artículo 1º del decreto es de naturaleza procesal y la casación sólo es viable cuando la sentencia sujeta al recurso viola preceptos sustantivos, esto es, los que tienen por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, según el común sentir de la doctrina".

2. El recurrente afirma que la relación contractual que se presenta en el caso sub judice es la de corretaje civil, pero que, como esta figura jurídica no es materia de reglamentación en dicho Código, deben aplicarse las normas civiles referentes al mandato, al arrendamiento de servicios y confección de obra, que considera infringidas por la sentencia.

La Sala estima equivocadas esas apreciaciones del acusador. Es evidente que el Código Civil no contempla ni regula de manera específica la institución del corretaje. La razón de esta omisión es clara, por tratarse de una actividad profesional mediante cuyo ejercicio se procura acercar a la oferta con la demanda; que se desempeña por agentes o corredores que secundan la actividad de los mercaderes a quienes ponen en contacto directo para la consumación de un negocio, por lo que su posición jurídica es la de verdaderos comerciantes. Además, la actuación autónoma de los corredores en la vida mercantil, el no investir carácter de mandatarios de ninguno de los contratantes, su falta de subordinación referente a las partes a quienes acercan y, el valor probatorio de los asientos de sus

libros en las contiendas que puedan surgir entre los negociantes a quienes aproximan, son circunstancias también decisivas para arribar a la conclusión de que se trata de verdaderos comerciantes. De ahí que esta figura jurídica esté prevista y reglamentada en el Código de Comercio, que constituye el ordenamiento legal que rige de preferencia en los asuntos mercantiles y que debe aplicarse exclusivamente siempre que se resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan, según las voces del artículo 1º de esta obra, en el que se dispone, además, que sólo en los casos que no haya previsto, y que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, se aplicarán las del Código Civil.

Ahora bien, las operaciones de corretaje, son actos de comercio, según el numeral 13 del artículo 20 del Código de Comercio, y el artículo 66 de la misma obra, expresa que el oficio de corredor "se considera por ley como un ramo de comercio". Conforme al artículo 9º del mismo Código, se "reputan en derecho comerciantes, todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esa industria, y de que trata el presente Código". Por lo que quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor, es comerciante. La actividad intermediadora no se circunscribe a la sola esfera comercial, ya que invade también el campo de la contratación civil, como ocurre para el encargo de compra y venta de bienes inmuebles, en que el objeto de la intervención del corredor es de esa índole. En estos casos, no puede decirse que el corretaje deje de estar regido por la ley mercantil, toda vez que no hay reglamentación de la profesión de corredor en el Derecho común. Sea la negociación sobre cosas muebles o inmuebles, y cualquiera la calidad de las partes contratantes (civiles o comerciantes) el corretaje, como tal, será regido por ley comercial. Otra cosa bien distinta es que, respecto a los interesados que concluyen el negocio celebrado mediante la intervención del corredor, deba tenerse en cuenta la naturaleza civil o comercial del acto para regular sus efectos o para dirimir las controversias que entre éstos puedan presentarse. La intermediación siempre constituye acto de comercio y por tanto las normas sustanciales de naturaleza mercantil son aplicables a las cuestiones o controversias que se susciten entre el corredor y las partes y viceversa. Por el contrario, las controversias entre los contratantes se debatirán, conforme a la naturaleza del acto o negocio realizado.

Se ha dejado visto que el corretaje constituye un acto típico de comercio (ordinal 13 del artículo 20 del C. de Co.) y que, conforme a la previsión del artículo 9º, la reiteración en la ejecución de esos actos, de modo profesional, califica a quienes lo realizan a nombre propio, como verdaderos comerciantes, sujetos, por tanto, a la ley mercantil. Podría creerse que si la actividad del intermediador no es profesional, sino simplemente ocasional, por no ser reiterada ni constituír para el agente un medio de vida, no puede calificársele de comerciante y menos, aplicársele la ley mercantil. Empero, tal circunstancia no excluye la regulación por dicha ley al caso controvertido, por mandato expreso del artículo 10 del Código de Comercio, que preceptúa: "los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y a la jurisdicción del comercio".

Hasta el año de 1954, la Corte, Sala de Casación Civil, había sostenido la tesis jurisprudencial de que las disposiciones del Código de Comercio no eran aplicables a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles estaban fuera del campo del Derecho Mercantil. Empero, esa doctrina fue modificada por la misma Sala, mediante sentencia de 6 de octubre de 1954, al decidir al recurso de casación interpuesto contra un fallo del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciado en juicio ordinario sobre el reconocimiento y pago de una comisión (Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, 854 ss.).

En esa oportunidad, la Sala después de hacer un detenido estudio de la materia, con base en nuestra legislación mercantil y con apoyo en la doctrina de modernos y eminentes tratadistas de Derecho Comercial, fijó un nuevo criterio sobre tan importante punto, que esta Sala Laboral prohija y acoge en su integridad, como aplicable al caso en estudio.

En esa sentencia la Corte dijo lo siguiente:

"La doctrina moderna hoy no pone en duda el carácter mercantil de la intermediación en materia de propiedad raíz cuando ésta se ejercita por una persona que ordinaria y habitualmente se dedica a esta actividad. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor es comerciante y aunque el objeto de su intermediación

sea de índole civil, como la compra y venta de bienes inmuebles, la calidad personal del intermediario imprime comercialidad a sus propias operaciones, a más de que tal oficio está definido expresamente como un ramo del comercio (C. de Co. art. 66). Además el corredor facilita el cambio de bienes, la circulación de la riqueza. Por lo tanto no hay por qué distinguir sobre la naturaleza civil o comercial del acto para el cual el corredor sirve de intermediario (V. Gabriel Palma Rogers, 'Derecho Comercial', T. I, pág. 124; Lorenzo Mossa, 'Derecho Mercantil', T. I., pág. 73; Ch. Lyon-Caen et L. Reanult, 'Traité de Droit Commercial', T. I., Nº 146, pág. 171; Emilio Langle y Rubio, obra citada, pág. 733)".

En la misma providencia también se dijo:

"En resumen, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

"a) Toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio;

"b) El corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio;

"c) Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del intermediario.

"d) El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador (C. de Co. art. 88);

"e) El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil".

3. Como consecuencia de haberse atribuído competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, según lo dispuesto por los Decretos 456 y 931 de 1956, esta Sala Laboral de la Corte, en diversos fallos en que le ha correspondido decidir en sede de casación, sobre problemas relativos a materias como la de que es objeto de discusión en el presente negocio, ha tenido oportunidad para afirmar, como lo hiciera antes la Sala de Casación Civil, el criterio jurisprudencial de que el corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil, que se regula por las normas de esa misma naturaleza contenidas en el Código de la materia. (Casación de 19 de septiembre de 1960, T. XCIII, 899 ss. Casación de 21 de agosto de 1961, juicio promovido por José Luis Zapata y Julio Cardona contra Jorge De Bedout y Emilia Tamayo de De Bedout).

Si la relación jurídica que pudo existir en el caso sub judice, fue la de intervención para la venta de una finca raíz, siguiendo la orientación que trazan las doctrinas que se han invocado, es claro que el caso de autos queda bajo el imperio de las normas del Código de Comercio, reguladoras del corretaje, y no de las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como infringidas, porque no eran aplicables a la materia debatida. Esta omisión sustancial del impugnador, hace ineficaz la acusación formulada contra la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Octavio González Robledo, mediante apoderado, demandó a Bernardo Londoño Vélez para que fuese condenado a pagarle la suma de $ 28.560.00, o la cantidad que resultare probada en el juicio, por concepto de remuneración por servicios personales de carácter privado, como comisionista en la venta de una finca; además por los intereses y las costas del juicio.

Como hechos expuso: Que el actor prestó sus servicios en favor del demandado en calidad de intermediario o comisionista en la venta de una hacienda denominada "La Garcera", ubicada en el Municipio de Guaduas (Cundinamarca); que el contrato de mandato celebrado entre las partes del presente juicio se hizo constar en una carta privada dirigida por el demandado al demandante, fechada en Dorada el 28 de junio de 1955; que la remuneración pactada, la cual consta en la carta citada, fue la del 4% sobre el valor total

de la venta; que las negociaciones que culminaron con la venta de la finca hecha por el demandado a los señores Fernando y Gabriel Salazar, se iniciaron desde el mes de junio de 1955, con la intervención directa del actor; que el contrato de compraventa de la hacienda, se formalizó por medio de la escritura pública número 6.517 de 1º de diciembre de 1955, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá; que el precio total de la venta fue el de $ 714.000.00, recibidos por el vendedor en la forma y términos estipulados por la citada escritura; que el demandado le adeuda la suma de $ 28.560.00, esto es, el 4% sobre el precio de venta de la finca, convenido como remuneración; y, que el actor cumplió con todas las obligaciones como mandatario, promoviendo el acercamiento entre el vendedor y compradores, haciéndoles conocer a éstos el inmueble, proponiéndoles el precio y demás modalidades de la venta, en nombre del propietario y, en general, realizando todos los actos preparatorios que fueron base para la celebración del negocio.

Como fundamentos de derecho citó los artículos 2142, 2143, 2146, 2149, 2150 y 2184 y concordantes del Código Civil; el Decreto 0456 de 1956 y el Decreto 2158 de 1948.

La parte demandada, por medio de apoderado, se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas. En cuanto a los hechos negó el primero; en relación con el segundo manifestó, que sí existe la carta mencionada, pero que dicha comunicación no se refiere al contrato de compraventa que se celebró posteriormente sobre la hacienda "La Garcera"; niega los demás hechos con excepción del quinto y el sexto, los cuales acepta con salvedades y aclaraciones.

El Juez Séptimo Laboral del Círculo de Bogotá, que fue el del conocimiento, por sentencia de 7 de marzo de 1958, absolvió al demandado de los cargos formulados por el demandante y condenó en costas a este último.

El apoderado de la parte vencida, con la aquiescencia del apoderado del demandado, interpuso, contra la anterior providencia, el recurso de casación *per saltum*, el que concedido y tramitado legalmente, pasa a decidir la Sala, previo estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

EL RECURSO
ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El recurrente persigue la casación total del fallo acusado, para que, en su lugar, proceda la Corte a decidir sobre lo principal del pleito, pronunciando, como Tribunal de instancia, las declaraciones y condenas solicitadas en el libelo inicial.

En el mismo capítulo de la demanda, el recurrente manifiesta que, teniendo la jurisprudencia categoría de fuente formal del derecho, la Corte en esta oportunidad, y en ejercicio de la función interpretativa y creadora de derecho que le corresponde, debe llenar jurisprudencialmente los vacíos de la ley, fijando el verdadero sentido del contrato o relación que vinculó a las partes en el presente negocio, y agrega:

"Esta aspiración toma fundamento en el hecho de que el contrato de corretaje de naturaleza civil, que a mi juicio es la figura jurídica que gobierna las relaciones de las partes trabadas en este litigio, no tiene reglamentación propia en nuestra legislación positiva. Y como la vida de los negocios ha colocado en relievante posición a los simples auxiliares, llámense éstos nuncios, recaderos, mensajeros, asistentes, intermediarios, dependientes, agentes de negocios o corredores, es indispensable también que el derecho —en abstracto— contemple la situación general de las personas que ocasional o profesionalmente ejerciten tales actividades. Si como es evidente, las disposiciones del Código Civil que definen y reglamentan el mandato, el arrendamiento de servicios o de obra, no se adecúan suficientemente a las diversas modalidades de las distintas clases de auxiliares en la vida de los negocios, tiene que venir la jurisprudencia a colmar esta laguna. Ciertamente, la tendencia que sigue nuestro derecho, al compás de las modernas orientaciones, es la de dar protección al trabajo, sea cual fuere la forma y modalidad de su contratación y prestación, asegurando al trabajador, en primer término, la justa remuneración a que tiene derecho".

Dice que esta orientación se marca, de manera ostensible, en el Decreto-ley número 0456, de 2 de marzo de 1956, por el cual se dio competencia privativa a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de determinadas controversias que antes correspondían a la jurisdicción ordinaria. Luego de transcribir el texto de la norma invocada, concluye este capítulo de la demanda, así:

"No obstante la clara intención del texto legislativo en comento, la protección allí consagrada se hará nugatoria ante la falta de una legislación sustantiva, que defina y regule los varios contratos que puedan originar relaciones de servicio amparadas por la garantía a que se contrae la norma transcrita. Porque si tales relaciones

se estudian con criterio rígidamente civilista, de nada sirve el procedimiento. Mucho más si se tiene en cuenta la caótica y anacrónica reglamentación que nuestro Código Civil trae para algunas de esas relaciones, como por ejemplo, la prestación de servicios profesionales.

"Será también inoperante el estatuto en contratos como el corretaje, si el juzgador considera que la obligación principal del corredor en todos los casos es de resultado; o que la realización del negocio por el propio comitente revoca el encargo y libera del pago de la comisión. Estos y otros puntos deben ser materia de interpretación jurisprudencial de la honorable Sala Laboral, para evitar que las normas protectoras del trabajo en todas sus formas se desvirtúen o desnaturalicen por carencia de normas estrictamente aplicables".

LA ACUSACION

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Penal, en un solo cargo acusa la sentencia recurrida, así:

CARGO UNICO

"Aplicación indebida de los artículos 2142, 2143, 2149, 2150, 2184, 2063 y 2054 del Código Civil, y Decreto número 0456 de 1956, por error en la apreciación de las pruebas que adelante se relacionan".

Sin embargo, como se verá luego, el recurrente al sustentar el cargo no se limita al planteamiento de lo antes transcrito, pues deduce la violación de la ley no sólo como proveniente de la errónea apreciación de algunas pruebas, sino también, de la falta de apreciación de otras, que igualmente señala.

Inicia la acusación manifestando que aunque las disposiciones invocadas hacen referencia al mandato, al arrendamiento de servicios y a la confección de obra, son de aplicación al caso en estudio, a falta de normas legales que contemplen exactamente el contrato civil de Corretaje que vinculó a las partes en litigio. Con apoyo en la doctrina de varios tratadistas, presenta las analogías y diferencias del corretaje con otras figuras jurídicas, tales como el mandato civil y mercantil y deduce los elementos que configuran el contrato civil de corretaje, que sintetiza, así: "1º La actividad de una persona —el corredor— realizada por sí misma o por un sub-corredor. 2º Relación de causalidad entre el servicio del corredor y la celebración de otro acto o contrato entre personas distintas. 3º Una comisión como remuneración por sus servicios". En seguida, expresa lo siguiente: "No encontró el señor Juez probados los hechos referentes a los dos primeros elementos configurativos del contrato de corretaje, y para motivar su fallo divide la relación de servicios en dos períodos: antes del 4 de julio de 1955, y después de tal fecha. En el primero, las gestiones del actor no produjeron el resultado perseguido, como se demuestra con el contrato de promesa de venta celebrado por el demandado con un tercero. Que no la produjo después, con los testimonios que obran en el expediente, y principalmente la declaración de Gabriel F. Salazar". Agrega que esta conclusión del juzgador se basa en la errónea apreciación de las pruebas que cita en el fallo y en la falta de apreciación de otras.

PRUEBAS MAL APRECIADAS

Cita como tales: 1º La carta de fecha 28 de junio de 1955 (fl. 18) dirigida por el demandado Bernardo Londoño Vélez a Octavio González Robledo, de la que se desprende la confirmación del contrato de corretaje celebrado entre las partes, en forma verbal, con antelación a la fecha de la misma carta. Que de su texto no puede deducirse, como equivocadamente lo hizo el sentenciador, que el demandado fijó un término al demandante para cumplir el encargo que le había confiado, término que venció el 4 de julio de 1955. Que en dicho documento no se habla de "término" sino de "opción" figura jurídica extraña al contrato de corretaje. Que con el mismo se demuestra, además, "que a la fecha de su otorgamiento ya el corredor había cumplido su obligación principal de buscar el cliente o posible comprador del inmueble de propiedad de Londoño".

2º La promesa de permuta celebrada entre Bernardo Londoño Vélez y Francisco Fidalgo Hermida (fl. 55 v.). Que no existe relación de causalidad entre esa promesa de permuta y el contrato habido entre Londoño y González, pues que si entre éstos existió un contrato de corretaje, no se pactó exclusividad y en tales condiciones el demandado quedaba en libertad de proseguir directamente las gestiones encaminadas a la venta de la finca, pero estándose a lo pactado con el contrato de corretaje. Que no es acertado afirmar, como lo hace el Juez, que esa promesa de permuta constituye la prueba del in-

cumplimiento de la obligación de González, en su contrato de corretaje con Londoño.

3º Declaración de Gabriel Fernando Salazar (fl. 20). Transcribe el recurrente algunos apartes de esa declaración, para concluír que de ella sí aparece que González "tuvo una participación eficaz e idónea para los fines de procurar el negocio jurídico que luego formalizaron el testigo mismo y D. Fernando Salazar como compradores, y Bernardo Londoño como vendedor".

PRUEBAS DEJADAS DE APRECIAR

1º Posiciones absueltas por Bernardo Londoño Vélez (fl. 42). Dice que el absolvente confiesa haber celebrado el contrato de corretaje con el señor Octavio González, y que esta prueba, que no fue apreciada por el Juzgado, es suficiente para acreditar dicho contrato.

2º Declaración de Ernesto Botero Salazar (fl. 24). El acusador transcribe una parte de ese testimonio y concluye afirmando que "es fácil ver en la exposición del testigo, cómo el señor González no hizo simplemente el papel de amigo del declarante, como trata de presentarlo el testigo Salazar, sino que era un verdadero mediador en el negocio iniciado por González entre los Salazar y Londoño".

Concluye el cargo manifestando que las pruebas analizadas sí llevan a la conclusión cierta de que entre las partes litigantes existió la relación regida por el contrato de corretaje, pues está comprobada la actividad personal de González y la relación de causalidad entre el servicio por él prestado y el contrato de compraventa celebrado entre Bernardo Londoño y Fernando y Gabriel F. Salazar, pues que el otro elemento, la remuneración, no se vincula, por naturaleza, al éxito del negocio al cual se encaminan las gestiones preliminares.

Por su parte, el opositor en su alegato de réplica, se refiere en primer término, a los aspectos jurídicos que contempla el presente negocio. Dice que no puede situarse en el campo del mandato civil la recomendación que se hace a una persona para que se encargue de buscar el comprador de una finca. Que la comisión para vender es cosa distinta del mandato para vender, porque si aquélla no tiene todas las características de verdadera comisión mercantil o mandato mercantil, entra en la categoría de un encargo, recomendación, intermediación, corretaje. Que la intermediación en materia de propiedad raíz es un acto mercantil, como lo ha definido la Corte, en fallos que cita. Hace luego un análisis de las pruebas señaladas por el recurrente y concluye diciendo que hay pruebas distintas a las acusadas que el impugnador no menciona y que demuestran la falta de intervención de González en el negocio sobre el cual demanda la comisión. Que no señala ninguna disposición mercantil como ha debido hacerlo, ni tampoco las normas legales atinentes al sistema probatorio.

LA CORTE CONSIDERA

Tal como se ha planteado el debate en casación, y de acuerdo con los fundamentos de hecho en que se sustenta la acción instaurada, la Sala parte del supuesto verdadero, aceptado por el juzgador en la motivación de la sentencia y por los litigantes, en el escrito sustentatorio del recurso que se examina y en el escrito de réplica correspondiente, de que la relación jurídica contractual que pudo existir en el caso *sublite*, fue la del encargo o intermediación para vender una finca raíz, que el propio demandante y recurrente no vacila en calificar de una operación de corretaje.

Si bien es cierto que la acusación se endereza a atacar las conclusiones de la sentencia por aplicación indebida de las normas del Código Civil y del Decreto 0456 de 1956, que se mencionan en el cargo, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria, la Sala estima necesario examinar previamente: A) La incidencia en casación del citado Decreto; B) La naturaleza jurídica del corretaje en materia de propiedad raíz y los derechos del corredor con cuya intervención se concluye una compraventa de inmuebles, a fin de determinar las normas reguladoras de la institución y, consecuencialmente, si pudieron ser violadas las disposiciones legales que cita el acusador.

A) *Contenido y alcance del Decreto 0456 de 1956.*

El recurrente señala como violado por la sentencia el Decreto 0456 de 1956. Aunque ninguna consideración hace al desarrollar el cargo sobre la manera como el juzgador pudo haber violado esa norma, pues sólo en el capítulo denominado "alcance de la impugnación" consigna algunas razones de las que movieron al gobierno a expedir ese Decreto, la Sala, en esta oportunidad, reitera lo que sobre este punto dijo en sentencia de 31 de mayo de 1960 (G. J., T. XCII), que a continuación se transcribe, por ser aplicable a

la cuestión jurídica debatida en el presente juicio:

"El Decreto 456 de 1956, en su artículo 1º, regula estas materias: a) La jurisdicción; b) La competencia; y c) El trámite, tanto para el juicio de conocimiento sobre declaración de obligaciones derivadas de servicios personales independientes como el de ejecución de las mismas.

"El precepto sustrae de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada para atribuírlo a la justicia del trabajo, y al mismo tiempo señala la vía ordinaria laboral para la decisión del proceso de cognición y la del procedimiento del juicio ejecutivo del trabajo para su cumplimiento.

"Según los términos de la disposición del decreto, sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. Por consiguiente, la relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente.

"La norma del artículo 1º del decreto es de naturaleza procesal y la casación sólo es viable cuando la sentencia sujeta al recurso viola preceptos sustantivos, esto es, los que tienen por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, según el común sentir de la doctrina".

B) *La correduría en bienes raíces.*

El recurrente afirma que la relación contractual que se presenta en el caso *sub-judice* es la del corretaje civil, pero que, como esta figura jurídica no es materia de reglamentación en dicho Código, deben aplicarse las normas civiles referentes al mandato, al arrendamiento de servicios y confección de obra, que considera infringidas por la sentencia.

La Sala estima equivocadas esas apreciaciones del acusador. Es evidente que el Código Civil no contempla ni regula de manera específica la institución del corretaje. La razón de esta omisión es clara, por tratarse de una actividad profesional mediante cuyo ejercicio se procura acercar a la oferta con la demanda; que se desempeña por agentes o corredores que secundan la actividad de los mercaderes a quienes ponen en contacto directo para la consumación de un negocio, por lo que su posición jurídica es la de verdaderos comerciantes. Además, la actuación autónoma de los corredores en la vida mercantil, el no investir carácter de mandatarios de ninguno de los contratantes, su falta de subordinación referente a las partes a quienes acercan y, el valor probatorio de los asientos de sus libros en las contiendas que puedan surgir entre los negociantes a quienes aproximan, son circunstancias también decisivas para arribar a la conclusión de que se trata de verdaderos comerciantes. De ahí, que esta figura jurídica, esté prevista y reglamentada en el Código de Comercio, que constituye el ordenamiento legal que rige de preferencia en los asuntos mercantiles y que debe aplicarse exclusivamente siempre que se resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan, según las voces del artículo 1º de esta obra, en el que se dispone, además, que sólo en los casos que no haya previsto, y que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, se aplicarán las del Código Civil.

Ahora bien, las *operaciones de corretaje,* son actos de comercio, según el numeral 13 del artículo 20 del Código de Comercio, y el artículo 66 de la misma obra, expresa que el oficio de corredor "se considera por la ley como un ramo de comercio". Conforme al artículo 9º del mismo Código, "se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esa industria, y de que trata el presente Código". Por lo que quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor, es comerciante. La actividad intermediadora no se circunscribe a la sola esfera comercial, ya que invade también el campo de la contratación civil, como ocurre con el encargo para la compra y venta de bienes inmuebles, en que el objeto de la intervención del corredor es de esa índole. En estos casos, no puede decirse que el corretaje deje de estar regido por la ley mercantil, toda vez que no hay reglamentación de la profesión de corredor en el Derecho común. Sea la negociación sobre cosas muebles o inmuebles y cualesquiera la calidad de las partes contratantes (civiles o comerciantes) el corretaje, como tal, será regido por la ley comercial. Otra cosa bien distinta es que, respecto a los interesados que concluyen el negocio celebrado mediante la intervención del corredor, deba tenerse en cuenta la naturaleza civil o comercial del acto para regular sus efectos o para dirimir las controversias que entre éstos puedan presentarse. La intermediación siempre constituye acto de comercio y por tanto las normas sustanciales de naturaleza mercantil son aplicables a las cuestiones o controversias que se susciten entre el corredor y las partes y viceversa. Por el contrario, las controversias entre los contratantes se debatirán, conforme a la naturaleza del acto o negocio realizado.

Se ha dejado visto que el corretaje constituye un acto típico de comercio (ordinal 13 del art. 20 del C. de Co.) y que, conforme a la previsión del artículo 9º, la reiteración en la ejecución de esos actos, de modo profesional, califican a quienes lo realizan a nombre propio, como verdaderos comerciantes, sujetos, por tanto, a la ley mercantil. Podría creerse que si la actividad del intermediador no es profesional, sino simplemente ocasional, por no ser reiterada ni constituír para el agente un medio de vida, no puede calificársele de comerciante y menos, aplicársele la ley mercantil. Empero, tal circunstancia no excluye la regulación por dicha ley al caso controvertido, por mandato expreso del artículo 10 del Código de Comercio, que preceptúa: "Los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y a la jurisdicción del comercio".

Hasta el año de 1954, la Corte, Sala de Casación Civil, había sostenido la tesis jurisprudencial de que las disposiciones del Código de Comercio no eran aplicables a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles estaban fuera del campo del Derecho Mercantil. Empero, esa doctrina fue modificada por la misma Sala, mediante sentencia de 6 de octubre de 1954, al decidir el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciado en el juicio ordinario promovido por Aristóbulo Urueña Molano contra Elías Benrey, sobre el reconocimiento y pago de una comisión (*Gaceta Judicial,* Tomo LXXVIII Nº 2147, págs. 854 a 864).

En esta oportunidad, la Sala después de hacer un detenido estudio de la materia, con base en nuestra legislación mercantil y con apoyo en la doctrina de modernos y eminentes tratadistas de Derecho Comercial, fijó un nuevo criterio sobre tan importante punto, que esta Sala Laboral prohija y acoge en su integridad, como aplicable al caso en estudio.

En esa sentencia, la Corte dijo lo siguiente:

"La doctrina moderna hoy no pone en duda el carácter mercantil de la intermediación en materia de propiedad raíz cuando ésta se ejercita por una persona que ordinaria y habitualmente se dedica a esta actividad. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor es comerciante y aunque el objeto de su intermediación sea de índole civil, como la compra y venta de bienes inmuebles, la calidad personal del intermediario imprime comercialidad a sus propias operaciones, a más de que tal oficio está definido expresamente *como un ramo del comercio* (C. de C. art. 66). Además el corredor facilita el cambio de bienes, la circulación de la riqueza. Por lo tanto, no hay por qué distinguir sobre la naturaleza civil o comercial del acto para el cual el corredor sirve de intermediario (V. Gabriel Palma Rogers, 'Derecho Comercial', T. I., pág. 124; Lorenzo Mossa, 'Derecho Mercantil', T. I., pág. 73; Ch. Lyon-Caen et L. Reanult, 'Traité de Droit Commercial', T. I., Nº 146, pág. 171; Emilio Langle y Rubio, obra citada, pág. 733)".

En la misma providencia, también se dijo:

"En resumen, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

"a) Toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio;

"b) El corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio;

"c) Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del intermediario;

"d) El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador (C. de Co. art. 88);

"e) El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil".

Además, como consecuencia de haberse atribuído competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, según lo dispuesto por los Decretos 456 y 931 de 1956,

esta Sala Laboral de la Corte, en diversos fallos en que le ha correspondido decidir en sede de casación, sobre problemas relativos a materias como la de que es objeto de discusión en el presente negocio, ha tenido oportunidad para afirmar, como lo hiciera antes la Sala de Casación Civil en el fallo a que se ha hecho referencia, el mismo criterio jurisprudencial de que el Corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil, que se regula por las normas de esa misma naturaleza contenidas en el Código de la materia. (Casación de 19 de septiembre de 1960 en el juicio promovido por Carlos E. Melo B. contra Abelardo Dallos Córdoba. Casación de 21 de agosto de 1961 en el juicio promovido por José Luis Zapata y Julio Cardona contra Jorge De Bedout y Emilia Tamayo de De Bedout). En el fallo últimamente citado, se dijo lo siguiente:

"Si bien el Código de Comercio al reglamentar la institución del Mandato Comercial, incluye la correduría como una especie de éste, según lo preceptúa el numeral 3º del artículo 332, es lo cierto que el corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario, como acertadamente ha dicho la Corte, en Sala de Casación Civil, puesto que no realiza ningún acto jurídico por cuenta del comitente. Su intervención en las operaciones o negocios, está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes. En cambio, en el mandato civil como en el comercial, el mandatario se encarga de gestionar por cuenta y riesgo del comitente, uno o más negocios que éste le confía, para lo cual debe ejecutar determinados actos jurídicos que constituyen el objeto propio del mandato. De esta suerte, la intervención que los demandantes dicen haber tenido en el negocio celebrado entre los esposos De Bedout y Fernando Posada, relativo a la compraventa de una casa, es la que corresponde a meros agentes o intermediarios entre las partes negociantes, por lo que tales actividades no pueden involucrarse o confundirse con las que son propias del mandatario en el mandato civil o en el mandato comisión.

"Si como se deja visto la relación jurídica que pudo existir entre las partes contendientes en este juicio, fue la de intermediación para la venta de una finca raíz, es claro que los derechos y obligaciones discutidos sólo podían ser regulados por las normas de naturaleza mercantil, contenidas en el Código de la materia, que reglamenta toda operación de corretaje, y no por las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como infringidas en los cargos que se estudian".

De acuerdo con lo expresado antes, si la relación jurídica que pudo existir en el caso *sub-judice*, fue la de intermediación para la venta de una finca raíz, siguiendo la orientación que trazan las doctrinas que se han invocado, es claro que el caso de autos queda bajo el imperio de las normas del Código de Comercio, reguladoras del corretaje, sin que las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como violadas puedan haber sido infringidas por la sentencia, porque no eran aplicables a la materia debatida. Esta omisión sustancial del impugnador, hace ineficaz la acusación formulada contra la sentencia acusada.

A lo que se acaba de exponer, conviene agregar lo siguiente: Aún en el supuesto de que el recurrente hubiese invocado como violadas por el sentenciador las normas de derecho sustancial por las que se rige el caso de autos, según se ha visto antes, de las piezas que cita como erróneamente apreciadas o como dejadas de estimar por el Juzgado, que por amplitud la Sala ha examinado, no resulta el error evidente de hecho que predica el cargo en estudio. Por el contrario, la Sala encuentra acertado el criterio del Juzgador en la apreciación probatoria por él realizada, pues de ella no resulta demostrado, con evidencia, plena, el nexo de causalidad entre la intervención del demandante en la venta del inmueble de que trata la carta que obra a folio 18 del cuaderno principal del contrato de compraventa concluído entre el demandado Bernardo Londoño Vélez y los señores Fernando y Gabriel Salazar, de que trata la escritura número 6517 de 1º de diciembre de 1955 de la Notaría Cuarta de esta ciudad, que obra de folios 68 a 71 del mismo cuaderno.

Por todo lo expuesto no prospera la acusación.

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia impugnada, proferida por el Juez 7º Laboral del Círculo Judicial de Bogotá, de fecha 7 de marzo de 1958, en el presente negocio, y recurrida en casación *per saltum*.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION. DERECHO DE ACCION. APELACION Y REFORMATIO IN PEJUS. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. PRECRIPCION Y PRIMA DE SERVICIOS.

1. El proceso, institución de derecho público. Aplicabilidad restringida del principio dispositivo en el proceso laboral. Respecto del trabajador no tiene aplicación la regla de que la parte que no apeló del fallo de primera instancia, no puede acudir en casación si el de segunda lo confirma. La consulta suple la inactividad del asalariado. Los derechos y prerrogativas que conceden las leyes del trabajo son irrenunciables. La consulta representa para el trabajador una prerrogativa y el recurso extraordinario entraña un derecho. Fin principal y fines secundarios del recurso de casación. 2. Cuando la sentencia es absolutoria del demandado, no se puede sostener que le desconozca al actor el derecho de acción. 3. El acto de voluntad no está en los razonamientos de la parte motiva, sino en la parte resolutiva de la sentencia. Lo sometido al examen del superior no es la sentencia de primera instancia sino el juicio. La identidad entre las sentencias de las dos instancias es contraria al concepto de que la segunda causó agravios al actor. 4. Para que se interrumpa la prescripción, el reclamo escrito del trabajador debe especificar las deudas pendientes. 5. Cuándo se hace exigible la prima de servicios. Caso especial cuando el contrato termina antes de expirar el primero o segundo semestre.

1. El fallo definitivo de segunda instancia, proferido por la Sala Laboral de un Tribunal Superior en juicio ordinario en que la cuantía alcance el límite legal, está sujeto al recurso de casación por mandato del artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. Para tal fin no importa que la sentencia de segundo grado haya sido dictada por obra de apelación o en virtud de consulta.

Aunque en el proceso se ventilen intereses privados, se le considera en la actualidad por la doctrina de los expositores y por la jurisprudencia como institución de derecho público, pues su fin es la justicia, dentro de un criterio de armonía social. La sentencia del Juez, dejando de lado las imperfecciones que su producción ofrezca, persigue la realización del derecho, al restablecimiento del orden jurídico en todos los casos en que la actividad de los particulares y aun de parte de órganos del Estado sea capaz de lesionarlo.

Es verdad que el derecho público, en el cual halla su fuente el proceso, no es excluyente, pues al lado de él opera el interés particular. Ese interés es el fundamento del principio dispositivo, en virtud del cual las partes pueden, cuando lo estimen conveniente, ponerle término a la litis, acudiendo a cualquiera de sus equivalentes jurisdiccionales, como la transacción, la conciliación, el arbitraje, o dentro del proceso mismo, renunciar, expresa o tácitamente, a determinados derechos, como el de impugnar providencias judiciales desfavorables, y aun desistir de la acción.

Sin embargo, no tiene el principio dispositivo en el proceso laboral, la misma aplicación que admite en el proceso civil. Bastaría hacer mérito de la transacción. Mientras que en este último a ella puede acudir quien tenga capacidad legal para la solución de todo conflicto de intereses, con excepción de los relativos al estado civil de las personas y los demás casos expresamente

excluídos por la ley, en el derecho del trabajo no puede comprender derechos ciertos e indiscutibles del asalariado.

Los recursos contra las providencias judiciales son derechos que la ley otorga a las partes para obtener la enmienda de los errores de hecho o de derecho en que ellas puedan incurrir. Trátase de derechos subjetivos, esto es, de la facultad de obrar o de abstenerse. Los relativos al uso de medios de impugnación exigen el obrar de parte de quien los propone. Ello es así, porque el Juez no puede hacer de oficio la revisión; actúa a impulso de la parte agraviada.

Interviene aquí otro principio, asociado al impulso de parte, y es el de que para acudir a un recurso se requiere interés jurídico. En asuntos civiles ha considerado la jurisprudencia que la parte que no apeló del fallo de primera instancia, no puede recurrir en casación si el de segunda confirma el de primera, por falta de interés. No variando el segundo grado la situación procesal creada por el primero, la aceptación de lo resuelto en éste por quien no apeló implica desinterés para la casación.

La doctrina expuesta no tiene aplicación en el proceso laboral respecto del trabajador. En efecto, si es el agravio lo que determina el interés para hacer valer el recurso, no cabe duda alguna de que la sentencia proferida por vía de consulta, adversa al trabajador, lesiona sus derechos. Su situación, en tal evento, no es distinta de la que presenta la contraparte que apela de la decisión desfavorable del primer grado, pues la inactividad al respecto del asalariado la suple la ley con la consulta.

Ahora bien: el código del ramo (art. 14) declara que las normas reguladoras del trabajo humano son de orden público, deduciendo de allí la consecuencia de que los "derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables", salvo los casos de excepción que establece la ley. No cabe duda alguna que los recursos son derechos en favor de las partes para impugnar las providencias judiciales adversas a sus intereses. Si la consulta representa para el trabajador una prerrogativa, el recurso extraordinario entraña para él un derecho y, de consiguiente, el interés jurídico necesario para hacerlo valer. Para entender que no le asiste, sería preciso que una norma legal de excepción lo dispusiera expresamente. En ausencia de ella, negar el medio de impugnación en referencia implicaría desconocimiento del citado precepto legal. La opinión que sostiene el opositor es valedera dentro del proceso civil, sin posible acomodo en el del trabajo. Subsistiendo el agravio que la decisión desfavorable del superior mantuvo al confirmar la del inferior, es notorio el interés del trabajador vencido para acudir a la casación en busca de un juicio distinto al contenido en los pronunciamientos de instancia.

A lo expuesto conviene agregar lo siguiente:

Fin principal del recurso de casación es unificar la jurisprudencia (artículos 519 del C. J. y 86 del C. P. L.). Si existe un fin principal es porque al lado de él se descubren otros secundarios. Los secundarios que las normas callan se reducen a este objeto: la enmienda de los agravios inferidos a las partes por la sentencia de segundo grado. Así lo había dicho el artículo 149 de la Ley 40 de 1907 y así lo expresa el Proyecto de Código Judicial al estudio del Congreso (art. 431). Se trata, es verdad, de un fin consecuencial al que pregonan las dos normas legales primeramente citadas. Sin embargo, su importancia se pone de manifiesto con la sola consideración de que es necesario el impulso de parte para provocar la casación, pues sin tal requisito, aunque la sentencia de segunda instancia sea opuesta a la ley y a una sufran agravio ella y la parte afectada, con la decisión, no entra en actividad el órgano de casación. Y ya se ha dicho que la sentencia adversa al trabajador, que el segundo grado confirma al resolver la consulta, lo perjudica, razón bastante para ver en ella un agravio, y, por ende, el interés necesario para utilizar el recurso extraordinario como medio de obtener su enmienda. No es dable suponer que quien acude a ese recurso lo hace para conseguir la unidad de doctrina en la aplicación de la ley sustancial. No entra en sus cálculos ese propósito, sino el perjuicio que a sus intereses ocasiona la providencia que impugna. Es esa la realidad y lo que la experiencia enseña, no la consecución del fin que la ley señala al instituír la casación. Es claro que abierta la puerta al recurso, el Juez de éste atienda principalmente el objeto que el legislador determina: la unificación de la jurisprudencia. Ello bastará para que si la sentencia no ha aplicado correctamente la ley o ha errado en su interpretación, el recurrente obtenga la reparación del perjuicio que lo llevó a interponer el recurso.

Debe anotarse que la admisión del recurso de casación en casos como el que se examina, ha sido materia de estudio en varias decisiones del antiguo Tribunal Supremo. Se pronunció en tal sentido el auto del 21 de noviembre de 1946 (Gaceta del Trabajo, I, 64) y después en autos de 3 de noviembre de 1947, 30 de junio de 1953 y 2 de septiembre del mismo año. Esta Sala de la

Corte ha mantenido la misma doctrina en auto del 22 de abril de 1959 (G. Judicial, XC, 450). Dice la primera de dichas providencias que, como la ley hace consultable con el superior el fallo de primer grado adverso al trabajador cuando éste no apela de él, quiere decir lo anterior que al lado de su interés privado surgió el interés público o social que determinó la institución de la consulta, y agrega: "En consecuencia, si el Tribunal confirma la providencia consultada, el trabajador no pierde su derecho a interponer el recurso de casación contra ella cuando haya guardado silencio frente a la de primera instancia. Esto es más claro aún si se tiene en cuenta que nuestra legislación prohibe a los trabajadores renunciar a los derechos que les otorgan las leyes, y, por tanto, que no pueden renunciar, así sea tácitamente, a los recursos legales contra providencias judiciales desfavorables".

Cuando la casación del trabajo se estableció no era desconocido para ella el recurso extraordinario ni los principios técnicos en que se funda, según alega el opositor. Los que ha desarrollado la casación civil, que en sus lineamientos generales son iguales a la de trabajo, han sido utilizados por ésta. No es contrario a esos principios la doctrina que sobre la cuestión en examen ha quedado expuesta, pues se limita a dejar a salvo normas protectoras de los derechos del asalariado, de aplicación preferente tanto respecto de leyes procesales como de los principios que gobiernan el recurso extraordinario, laboriosamente estructuradas por los conocedores de la institución.

Contra la citada tesis no es eficaz el argumento del opositor según el cual el estatuto procesal no establece la casación en interés de la ley, como lo hacen algunas legislaciones extranjeras, a instancia del Ministerio Público, hipótesis en que la prosperidad del recurso no altera lo resuelto en el fallo impugnado, porque en el caso sub judice ha provocado la casación el trabajador demandante, en su propio interés y no en el de la ley. No está operando el recurso extraordinario, como en el caso de la consulta, en sustitución del trabajador inactivo, sino por obra de su voluntad.

Por lo expuesto, sí era procedente en el presente juicio el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Por tanto, su admisión por la Sala no ofrece reparos de orden legal, por lo cual no es del caso declarar la nulidad de lo actuado ante ella por incompetencia de jurisdicción, como lo solicita la parte opositora.

2. Cuando la sentencia es absolutoria del demandado, no se puede sostener que le desconozca al actor el derecho de acción. Este es el derecho a la jurisdicción, esto es, el poder de provocar una decisión sobre la relación jurídica que con su demanda le propone el actor. En este sentido se dice por algunos doctrinantes que la acción tiene al Estado como destinatario. Otra cosa es la acción como pretensión, dirigida, no ya contra el Estado sino contra el adversario. La sentencia puede estimarla o desestimarla: en ambos casos cumple su oficio. Pero en el supuesto de que absuelva al demandado, de allí no se sigue que le niegue al actor el derecho de acción, sino únicamente el rechazo de su pretensión.

3. En desarrollo de la tesis de la acusación de que la sentencia de segundo grado agravó la situación jurídica en que colocó al demandante el de primera, toma el recurrente como nuevas declaraciones del fallo del ad quem, las consideraciones que hace en su parte motiva. A lo cual observa la Sala: el acto de voluntad, obligatorio para las partes y el juzgador, no está en los razonamientos de la parte motiva, sino en lo que disponga la parte resolutiva. El Juez no representa al Estado en cuanto razona. En esta actividad ejecuta un acto de inteligencia semejante al que en el juicio cumplen las partes al sostener sus pretensiones, o al que realiza un consejero jurídico al emitir un dictamen. Las premisas lógicas de la sentencia pueden ser correctas o equivocadas, consonantes con lo que decida en la parte dispositiva o incongruentes con ella. Si esto ocurre, habrá un vicio en la formación del silogismo, sin incidencia en el acto jurisdiccional representativo a una de la voluntad de la ley y de la voluntad del Estado, pero no un defecto en la decisión de fondo con valor suficiente para llegar a la conclusión de que lo dicho en los fundamentos vale como pronunciamiento judicial de mérito.

Incurre la acusación en el error de creer que lo sometido al superior es la sentencia y no el juicio. Se sabe que según nuestro sistema procesal el juez del doble grado examina la causa ex novo, con poderes iguales al de primera, tomando como base de la decisión el material producido ante el inferior y el que él se haya procurado, cuando sea del caso. Como bien lo expresa Chiovenda, "lo que es objeto del examen del juez de segunda instancia no es la sentencia del de primera, sino directamente la relación jurídica controvertida. Y cuando al fin falla la apelación, la sentencia de primer grado pierde por completo el valor potencial que tenía al desapa-

recer la posibilidad de quedar como decisión del pleito.

"Se desconocen estos principios al atribuír a la sentencia de primer grado un valor diferente; en particular, cuando en el caso de desestimación de la apelación, se considera la sentencia de primera instancia como la verdadera y única de la causa. Esta es una equivocación grave, debida en parte a determinados usos externos que pueden fácilmente conducir a error. Es un hecho que el Juez de la apelación examina la sentencia de primera instancia, y parece hacer de ella la base de su juicio; mas es bien natural que, habiendo tenido ya lugar un primer examen de la causa, el segundo Juez considere ante todo el trabajo del primero; ello simplifica el suyo. La verdad es, sin embargo, que el segundo juez a través de la sentencia de primera instancia, conoce de nuevo de la causa. Es un hecho también que, al fallar la apelación, el Juez de ésta emplea la fórmula: confirma la sentencia apelada, rechaza la apelación y otras semejantes. Pero ello no quiere decir que la sentencia de primer grado perdure así purificada de toda impugnación, como sucedía cuando la apelación no era otra cosa que una reclamación al Juez superior contra el inferior; en derecho moderno, la realidad es la de que el Juez de segundo grado dicta una nueva sentencia. Sólo por consideraciones prácticas, cuando el fallo de segundo grado es conforme al de primero, suele adoptar la forma de una mera referencia a la primera resolución, pues que la sentencia de primer grado, aun habiendo perdido todo valor potencial de sentencia, es en todo caso prácticamente la mejor explicación lógica de la sentencia de apelación.

"En el caso de que la sentencia de apelación sea contraria a la de primera instancia, nada hace falta decir para demostrar que la única sentencia de la causa es la de apelación". (Instituciones, t. 2º, págs. 104 y 105).

En el caso sub judice el Tribunal decidió el pleito declarando probada la excepción de prescripción. A eso equivale la fórmula "confirma la sentencia consultada", empleada en la parte resolutiva. Es un nuevo fallo igual al del Juzgado a quo, decisorio de la relación jurídico-material objeto de la litis. La identidad entre las dos sentencias es contraria al concepto de que la de segunda causó agravios al actor. Para ello habría sido necesario que la sentencia del Tribunal no hubiera sido igual sino diferente y más gravosa que la del inferior. Que discrepen en los considerandos quiere decir únicamente que la actividad intelectual de los dos falladores se informó en principios distintos, no que el diverso razonamiento se hubiese reflejado en sus resoluciones, pues, se repite, las dos tienen el mismo alcance. En ambas el resultado es idéntico: la absolución de la parte demandada.

4. Según el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, el reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, "acerca de un derecho debidamente determinado" (subraya la Sala) interrumpe la prescripción, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Adolecen las cartas en examen, obrantes en autos, de una falla fundamental, y es la de que no concretan ni especifican derecho alguno. Ambas hablan de "prestaciones sociales", sin precisar cuáles son las que estiman insolutas los reclamantes. Son varios los derechos que emanan del contrato laboral, y como lo ordinario y corriente es que el patrono los satisfaga al expirar el vínculo, para el evento de que alguno quede sin cancelar o que no hayan sido cubiertos en su totalidad, el canon legal exige que el reclamo escrito especifique las deudas pendientes. El mismo requisito debe cumplirse para el caso de que ninguna de las obligaciones haya sido cancelada. Los documentos referidos no individualizan las prestaciones a que creían tener derecho quienes formulaban el reclamo, originadas del contrato de trabajo. Sin el cumplimiento de la formalidad prevista en el citado artículo 489, los reclamos de tales cartas no tuvieron el mérito de interrumpir la prescripción. Determinar los derechos objeto del reclamo, como lo manda el prementado artículo 489, significa hacer su relación, según la acepción gramatical del verbo, pues el vocablo expresa esta idea: "fijar los términos de una cosa". La frase "prestaciones sociales" es indeterminada, pues se ignora si comprende todas las que establece la ley del trabajo o sólo parte de ellas.

5. La cuestión jurídica que el cargo plantea se reduce a determinar cuándo se hace exigible la prima de servicios, pues el actor considera que su derecho con relación a esta prestación no está prescrito y la sentencia acusada no está conforme con su pretensión.

Observa la Sala:

Como fecha inicial de la prescripción, señala el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, la de la exigibilidad de la obligación. Consagra el texto la misma doctrina establecida en el artículo 2535 del Código Civil,

Establece la prima de servicios el artículo 306 del Código del Trabajo. La norma dispone que se pague por semestres del calendario así: la mitad de su valor el último día de junio y la otra mitad en los primeros veinte días de diciembre, "a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos con justa causa".

La adquisición del derecho está sometida a dos requisitos: a) Prestación del servicio por el trabajador durante el respectivo semestre; o trabajo realizado dentro del semestre por tiempo no inferior al trimestre; y b) Que el trabajador no sea despedido con justa causa.

Adquiere el trabajador el derecho a la prima del primer semestre el 30 de junio, y el correspondiente a la prima del segundo semestre, en los primeros veinte días de diciembre. Tales fechas señalan la exigibilidad de las obligaciones. Según el cargo, esas fechas fijan también la exigibilidad respecto del servicio por tiempo inferior al semestre respectivo, aunque la desvinculación se produzca antes de expirar ese lapso de tiempo.

En el caso debatido el contrato terminó el 30 de abril de 1951. Con fundamento en ese hecho, considera la Sala que la fecha de exigibilidad de la obligación coincide con la de terminación del contrato. Así lo estima por estas razones:

De acuerdo con la norma legal citada, el derecho se causa por servicio prestado, es decir, durante la ejecución del contrato. Su aplicación, vigente la convención, no ofrece dificultad trátese de servicios por semestres, o dentro de cada uno de éstos por fracciones que alcancen o excedan un trimestre: en uno y otro caso la obligación se hace exigible en las fechas ya señaladas.

La cuestión de hecho varía cuando el contrato termina antes de expirar el primero o el segundo semestre. En tal evento no hay contrato en ejecución, ni, en consecuencia, prestación del servicio. Extinguida la relación de trabajo antes de expirar el primer semestre, se sabe con certeza que no llegará el 30 de junio, y concluída antes de terminar el último mes del segundo semestre, se sabe con certeza que no advendrán los días del 1º al 20 de diciembre. Desapareciendo en uno y otro caso la hipótesis en que se funda el artículo 306, las fechas que éste indica para el pago de la prima en los dos semestres, no sirven para señalar la exigibilidad de la parte proporcional. La norma contempla efectos del contrato durante su vida, no los posteriores a su ejecución. Por tanto, la fecha en que el contrato termina marca la del pago de la prima por la parte proporcional y, de consiguiente, la de su exigibilidad, conforme a lo previsto en el artículo 488 del Código. Armoniza este criterio con el que informa el artículo 65 ibídem, pues para la sanción establecida en éste a cargo del patrono, toma como punto de partida el de la expiración del contrato, si al producirse este hecho no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos. El canon legal parte de la base de que en ese momento se hacen exigibles las obligaciones que tienen su fuente en la convención laboral.

En consecuencia, si la prima por el tiempo servido en 1951 se hizo exigible el 30 de abril de ese año, según la interpretación que la Sala asigna al artículo 306 en cita, el reclamo del trabajador contenido en la nota del 31 de mayo de 1954 fue presentado vencido el término que para la prescripción del derecho señala la ley, o sea, tres años.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

En escrito repartido al Juzgado 2º del Trabajo de Cali el 12 de febrero de 1957, demandó Jacobo Ghitis, por medio de apoderado, a la sociedad "Lusgarten e Hijos, Fábrica de Slaconia", domiciliada en Barranquilla, representada por su Gerente, para que por sentencia se hicieran contra ella estas declaraciones: 1ª) Que entre las partes existió un contrato de trabajo durante el año de 1950 y los cuatro primeros meses de 1951; 2ª) Que la acción ordinaria para el reclamo de prestaciones e indemnizaciones derivadas del contrato no está prescrita pues fue interrumpida mediante las comunicaciones del 7 de abril y 25 de marzo de 1954, recibidas y contestadas por la sociedad. Como consecuencia de esas dos declaraciones solicita que la compañía sea condenada a pagarle el auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio, en la cuantía que especifican las peticiones, y, además, la suma de $ 49.25 diarios a título de indemnización moratoria, a partir del 30 de abril de 1951, fecha en que terminaron las relaciones laborales entre las partes, hasta la cancelación de las deudas insolutas.

Se funda la demanda en estos hechos:

1º Jacobo Ghitis fue Agente Vendedor de los artículos que produce la sociedad, en varios departamentos del país, entre otros el del Valle, durante el año de 1950 y los cuatro primeros meses de 1951.

2º El contrato, celebrado verbalmente, terminó en mayo de 1951, fecha en que las partes convinieron en celebrar nueva convención de índole comercial, en virtud de la cual el actor y su hermano Alberto Ghitis seguían trabajando como Agentes de la sociedad en los Departamentos del Huila, Tolima, Cauca, Nariño, Caldas y Valle, recibiendo de ella las mercancías en consignación y con libertad para dedicarse a otras actividades.

3º Según lo expuesto en el hecho anterior, Jacobo Ghitis fue empleado de la empresa durante un año y cuatro meses, como Agente Viajero.

4º Mientras el actor tuvo el carácter de empleado de la sociedad, devengó un sueldo promedio de $ 1.477.50.

5º La sociedad se ha negado a pagar al demandante las prestaciones sociales a que tiene derecho alegando que la acción está prescrita, lo cual no es cierto porque fue interrumpida por obra de la reclamación escrita que le formuló en varias ocasiones antes de que venciera el plazo de la prescripción.

6º En ningún momento ha negado la empresa la existencia del contrato de trabajo con el demandante, limitándose a alegar la prescripción, como resulta de las pruebas acompañadas a la demanda.

En derecho la petición se apoya en los artículos 249, 186, 306, 65 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y las demás normas concordantes de ese Código.

Por medio de apoderado la sociedad dio respuesta a la demanda en estos términos:

Es cierto el hecho 1º en cuanto al tiempo de servicios. No es cierto el 2º en lo que se refiere al mes que señala como término de la desvinculación contractual, pues ésta ocurrió en abril de 1951. Contesta el 3º en la misma forma que el 1º. No le consta el hecho 4º. Niega el hecho 5º, pues la prescripción no fue interrumpida, ya que el actor no reclamó sus prestaciones sociales personalmente, cuando la sociedad "estaba dispuesta y obligada a pagar". Jacobo Ghitis reclamó prestaciones para la sociedad comercial denominada "A & J. Ghitis Ltda. Manufacturas Anderson", según cartas del 25 de marzo y 31 de mayo de 1954; en la segunda de ellas hizo por primera vez el reclamo de prestaciones sociales personalmente, "de manera más o menos formal". Propuso la excepción de prescripción extintiva de la acción, pues el actor hizo el reclamo de sus prestaciones transcurridos tres años a partir de la fecha en que terminó el contrato que había celebrado con la sociedad.

Los fallos de instancia.

El de primer grado, proferido el 29 de enero de 1959, declaró probada la excepción de prescripción y, en consecuencia, absolvió a la parte demandada de todos los cargos, condenando en costas al actor.

El de segundo, de fecha 2 de marzo de 1959, decisorio de la consulta de la sentencia del inferior, pues ninguna de las partes apeló de ella, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, confirmó el del Juzgado *a-quo*, sin costas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte actora el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad y admitido aquí el recurso, sufrió la tramitación de rigor. En la debida oportunidad fue presentada la demanda de casación y el alegato de réplica.

Admisión del recurso.

El apoderado de la parte opositora estima que el recurso no era procedente, por falta de interés jurídico en el actor y solicita, en consecuencia, se declare la nulidad de la actuación surtida ante la Sala, a partir del auto que admitió el recurso, por incompetencia de jurisdicción.

En el supuesto de ser aceptable la petición, debe ser definida previamente, ya que, por sustracción de materia, no habría lugar al estudio de la demanda de casación.

Sustentan la súplica estas consideraciones:

Para interponer el recurso, como para impugnar toda providencia, se requiere interés jurídico. "Y es bien sabido que la falta de apelación de la sentencia de primer grado, implica consentimiento de este fallo (así sea en forma tácita y por pura consecuencia del principio de preclusión) y deja sin interés a la parte para interponer el recurso de casación, si la sentencia de segundo grado confirma la del *a-quo*. Unicamente cuando el Tribunal revoca ésta o la modifica en forma que las resultas del pleito ya no son las consentidas por la parte que no apeló, surge su interés para impugnar en casación. Pero si el

fallo del Tribunal confirma la decisión del *a-quo*, esto es, si mantiene su declaración de derecho, contenida en la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, la situación del litigante que no apeló se mantiene asimismo idéntica desde el punto de vista de su interés, esto es, no puede ahora aspirar a una impugnación no procurada en su momento. En otras palabras, quien no apela de la sentencia de primer grado carece de interés jurídico para interponer el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal que confirma aquella".

La petición aduce en su apoyo otras razones, de las cuales se destacan éstas: debe distinguirse entre el interés que tutela la ley al establecer la consulta para determinados casos y el necesario para impugnar el fallo de segunda instancia. De la consulta se debe pensar que queda atendida con el conocimiento que efectúa el superior y agotada con su decisión. El otro interés es de parte, correlativo pero distinto al de la ley y sin la aptitud para la impugnación cuando el Tribunal confirma la providencia consultada. En otras palabras: mediante la consulta la ley dispensa, a determinadas personas y a la clase trabajadora una protección especial, aunque no apelen, pero ella, así se la asimile a la apelación, no reemplaza el interés particular de dicho sujeto procesal, en forma que conlleve hasta su vocación para el recurso extraordinario, por cuanto su objeto propio se limita al conocimiento por el superior en el segundo grado. De todo lo cual resulta que si el fallo del Tribunal al estudiar a sentencia consultada se concreta a confirmar la declaración de derecho de ésta, se ha cumplido la tutela especial de la ley, pero la parte que no apeló no puede aspirar ahora al recurso de casación, como si tuviera el interés necesario para él, por cuanto éste, no manifestado en el momento debido, desapareció como interés particular, y lo procurado por la consulta no es una conservación de mismo sino la defensa de otro muy distinto que recae sobre la ley para la verificación que se considera conveniente por parte del superior, pero que no mantiene el particular ni va más allá de la segunda instancia, en la cual se cumple y se agota el objeto propio de este grado de jurisdicción.

Considera la Corte:

El fallo definitivo de segunda instancia, proferido por la Sala Laboral de un Tribunal Superior en juicio ordinario en que la cuantía alcance el límite legal, está sujeto al recurso de casación por mandato del artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. Para tal fin no importa que la sentencia de segundo grado haya sido dictada por obra de apelación o en virtud de consulta.

Sin desconocer el valor jurídico de la interesante exposición del opositor, estima la Sala que la tesis que sustenta responde a la concepción privadística del proceso. Aunque en éste se ventilen intereses privados, se le considera en la actualidad por la doctrina de los expositores y por la jurisprudencia como institución de derecho público, pues su fin es la justicia, dentro de un criterio de armonía social. La sentencia del Juez, dejando de lado las imperfecciones que su producción ofrezca, persigue la realización del derecho, el restablecimiento del orden jurídico en todos los casos en que la actividad de los particulares y aún de parte de órganos del Estado sea capaz de lesionarlo.

Es verdad que el derecho público, en el cual halla su fuente el proceso, no es excluyente, pues al lado de él opera el interés particular. Ese interés es el fundamento del principio dispositivo, en virtud del cual las partes pueden, cuando lo estimen conveniente, ponerle término a la litis, acudiendo a cualquiera de sus equivalentes jurisdiccionales, como la transacción, la conciliación, el arbitraje, o dentro del proceso mismo, renunciar, expresa o tácitamente, a determinados derechos, como el de impugnar providencias judiciales desfavorables, y aun desistir de la acción.

Sin embargo, no tiene el principio dispositivo en el proceso laboral, la misma aplicación que admite en el proceso civil. Bastaría hacer mérito de la transacción. Mientras que en este último a ella puede acudir quien tenga capacidad legal para la solución de todo conflicto de intereses, con excepción de los relativos al estado civil de las personas y los demás casos expresamente excluídos por la ley, en el proceso del trabajo no puede comprender derechos ciertos e indiscutibles del asalariado.

Los recursos contra las providencias judiciales son derechos que la ley otorga a las partes para obtener la enmienda de los errores de hecho o de derecho en que ellas puedan incurrir. Trátase de derechos subjetivos, esto es, de la facultad de obrar o de abstenerse. Los relativos al uso de medios de impugnación exigen el obrar de parte de quien los propone. Ello es así, porque el Juez no puede hacer de oficio la revisión; actúa a impulso de la parte agraviada.

Interviene aquí otro principio, asociado al impulso de parte, y es el de que para acudir a un recurso se requiere interés jurídico. En asuntos civiles ha considerado la jurisprudencia que la parte que no apeló del fallo de primera instancia, no puede recurrir en casación si el de

segunda confirma el de primera, por falta de interés. No variando el segundo grado la situación procesal creada por el primero, la aceptación de lo resuelto en éste por quien no apeló implica desinterés para la casación.

La doctrina expuesta no tiene aplicación en el proceso laboral respecto del trabajador. En efecto, si es el agravio lo que determina el interés para hacer valer el recurso, no cabe duda alguna de que la sentencia proferida por vía de consulta, adversa al trabajador, lesiona sus derechos. Su situación, en tal evento, no es distinta de la que presenta la contraparte que apela de la decisión desfavorable del primer grado, pues la inactividad al respecto del asalariado la suple la ley con la consulta.

Ahora bien: el código del ramo (art. 14) declara que las normas reguladoras del trabajo humano son de orden público, deduciendo de allí la consecuencia de que los "derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables", salvo los casos de excepción que establezca la ley. No cabe duda alguna que los recursos son derechos en favor de las partes para impugnar las providencias judiciales adversas a sus intereses. Si la consulta representa para el trabajador una prerrogativa, el recurso extraordinario entraña para él un derecho y, de consiguiente, el interés jurídico necesario para hacerlo valer. Para entender que no le asiste, sería preciso que una norma legal de excepción lo dispusiera expresamente. En ausencia de ella, negar el medio de impugnación en referencia implicaría desconocimiento del citado precepto legal. La opinión que sostiene el opositor es valedera dentro del proceso civil, sin posible acomodo en el de trabajo. Subsistiendo el agravio que la decisión desfavorable del superior mantuvo al confirmar la del inferior, es notorio el interés del trabajador vencido para acudir a la casación en busca de un juicio distinto al contenido en los pronunciamientos de instancia.

A lo expuesto conviene agregar lo siguiente:

Fin principal del recurso de casación es unificar la jurisprudencia (arts. 519 del C. J. y 86 del CPL). Si existe un fin principal es porque al lado de él se descubren otros secundarios. Los secundarios que las normas callan se reducen a este objeto: la enmienda de los agravios inferidos a las partes por la sentencia de segundo grado. Así lo había dicho el artículo 149 de la Ley 40 de 1907 y así lo expresa el Proyecto de Código Judicial al estudio del Congreso (art. 431). Se trata, es verdad, de un fin consecuencial al que pregonan las dos normas legales primeramente citadas. Sin embargo, su importancia se pone de manifiesto con la sola consideración de que es necesario el impulso de parte para provocar la casación, pues sin tal requisito, aunque la sentencia de segunda instancia sea opuesta a la ley y a una sufran agravio ella y la parte afectada con la decisión, no entra en actividad el órgano de casación. Y ya se ha dicho que la sentencia adversa el trabajador, que el segundo grado confirma al resolver la consulta, lo perjudica, razón bastante para ver en ella un agravio, y, por ende, el interés necesario para utilizar el recurso extraordinario como medio de obtener su enmienda. No es dable suponer que quien acude a ese recurso lo hace para conseguir la unidad de doctrina en la aplicación de la ley sustancial. No entra en sus cálculos ese propósito, sino el perjuicio que a sus intereses ocasiona la providencia que impugna. Es esa la realidad y lo que la experiencia enseña, no la consecución del fin que la ley señala al instituír la casación. Es claro que abierta la puerta al recurso, el Juez de éste atienda principalmente el objeto que el legislador determina: la unificación de la jurisprudencia. Ello bastará para que si la sentencia no ha aplicado correctamente la ley o ha errado en su interpretación, el recurrente obtenga la reparación del perjuicio que lo llevó a interponer el recurso.

Alega también el opositor que, si bien la Corporación, informada en alguna decisión del extinguido Tribunal Supremo, cuando todavía no se habían profundizado los aspectos técnicos de la casación, obrando con amplitud, ha considerado admisible el recurso en casos como el que contempla el pleito, fundado en que la consulta es una apelación por ministerio de la ley, no ha procedido con acierto, pues el criterio adoptado no ha tomado en cuenta la distinción entre el interés que tutela la ley y el que se requiere para impugnar el fallo de segunda instancia, distinción que funda el opositor en los argumentos que antes dio a conocer la Sala.

Sobre el particular debe anotarse que la admisión del recurso de casación en casos como el que se examina, ha sido materia de estudio no en una sino en varias decisiones del antiguo Tribunal Supremo. Se pronunció en tal sentido en auto del 21 de noviembre de 1946 (G. del T., t. 1º, Nos. 2 a 4 pág. 64) y después en autos del 3 de noviembre de 1947, 30 de junio de 1953 y 2 de septiembre del mismo año. Esta Sala de la Corte ha mantenido la misma doctrina en auto del 22 de abril de 1959 (G. J., t. XC Nº 2210. Pág. 450). Dice la primera de dichas providencias que, como la ley hace consultable con el superior el fallo de primer grado adverso al trabajador cuando éste no apela de él, quiere decir lo ante-

rior que al lado de su interés privado surgió el interés público o social que determinó la institución de la consulta, y agrega: "En consecuencia, si el Tribunal confirma la providencia consultada, el trabajador no pierde su derecho a interponer el recurso de casación contra ella cuando haya guardado silencio frente a la de primera instancia. Esto es más claro aun si se tiene en cuenta que nuestra legislación prohibe a los trabajadores renunciar a los derechos que les otorgan las leyes, y, por tanto, que no pueden renunciar, así sea tácitamente, a los recursos legales contra providencias judiciales desfavorables".

Cuando la casación del trabajo se estableció no era desconocido para ella el recurso extraordinario ni los principios técnicos en que se funda. Los que ha desarrollado la casación civil, que en sus lineamientos generales son iguales a la de trabajo, han sido utilizados por ésta. No es contrario a esos principios la doctrina que sobre la cuestión en examen ha quedado expuesta, pues se limita a dejar a salvo normas protectoras de los derechos del asalariado, de aplicación preferente tanto respecto de leyes procesales como de los principios que gobiernan el recurso extraordinario, laboriosamente estructuradas por los conocedores de la institución.

Contra la citada tesis no es eficaz el argumento del opositor según el cual el estatuto procesal no establece la casación en interés de la ley, como lo hacen algunas legislaciones extranjeras, a instancia del Ministerio Público, hipótesis en que la prosperidad del recurso no altera lo resuelto en el fallo impugnado, porque en el caso *sub-judice* ha provocado la casación el trabajador demandante, en su propio interés y no en el de la ley. No está operando el recurso extraordinario, como en el caso de la consulta, en sustitución del trabajador inactivo, sino por obra de su voluntad.

Por lo expuesto, sí era procedente en el presente juicio el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Por tanto, su admisión por la Sala no ofrece reparos de orden legal, por lo cual no es del caso declarar la nulidad de lo actuado ante ella por incompetencia de jurisdicción, como lo solicita la parte opositora.

Definida la cuestión previa de que se ha hecho mérito, la Sala procede al estudio de la demanda de casación con vista del alegato que la sustenta y del escrito de réplica.

Alcance de la impugnación.

Persigue la quiebra de la sentencia del Tribunal para que, una vez casada, confirme la Corte la de primer grado en cuanto reconoció que entre los litigantes existió contrato de trabajo durante el año de 1950 y los primeros meses de 1951, reformándola respecto a la fecha de expiración del vínculo, que el *a-quo* fijó en el 1º de abril de 1951, acogiendo en su lugar el 30 de dicho mes, y a revocarla en cuanto declaró probada la excepción de prescripción y, en su lugar, declare la Corte que las acciones del demandante no están prescritas y, en consecuencia, condene a la sociedad a pagar a Jacobo Ghitis las prestaciones e indemnizaciones que reclama, o, en subsidio, que la acción respecto a la prima proporcional de servicios correspondiente a los cuatro primeros meses de 1951 no alcanzó a prescribir y, en consecuencia, condene a la compañía al pago de dicha prestación y a la indemnización moratoria respectiva.

Motivos de casación.

Invoca el recurrente los dos que establece el estatuto procesal del trabajo (art. 87) y a cada uno de ellos dedica un cargo.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por la causal segunda de casación, porque hizo más gravosa la situación de la parte en cuyo favor estableció la ley la consulta.

En sustentación del cargo expone el recurrente:

"La situación del trabajador Ghitis frente al fallo de primera instancia puede resumirse así: a) Reconocimiento de su contrato de trabajo entre el 1º de enero de 1950 y el 1º de abril de 1951; b) Reconocimiento de que por ese lapso tenía derecho a sus prestaciones sociales; y c) Declaración de que tal derecho a prestaciones prescribió por haber transcurrido más de tres años entre el 1º de abril de 1951, fecha de su desvinculación contractual y el 31 de mayo de 1954, fecha de su reclamo a la empresa. De este fallo no apeló la empresa demandada, de tal suerte que su interés jurídico ante el Tribunal quedó limitado, por su propia voluntad, exclusivamente a los aspectos contemplados en él, sin que en la segunda instancia pudieran alegar nueva excepción de prescripción, como lo hizo, pues para la empresa la oportunidad de proponer medios de defensa había precluído al conformarse con la decisión del *a-quo*.

"El negocio subió a conocimiento de la Sala del Tribunal por vía de consulta. En estas con-

diciones el Tribunal tenía limitada su competencia decisoria por el principio de la *reformatio in pejus,* que le impedía hacer más gravosa la situación del trabajador Ghitis. Sin embargo el Tribunal no se limitó a confirmar lo resuelto por el *a-quo,* sino que agregó en su fallo nuevas declaraciones en contra del actor, que agravaron su situación ya que además de compartir la decisión del inferior sobre la prescripción que éste encontró acreditada, desconoció el carácter de contrato al vínculo invocado por el demandante y declaró una segunda prescripción, con base en que, aun bajo el supuesto de que la primera se hubiera interrumpido con la carta del 25 de marzo de 1954, la demanda en este juicio sólo fue notificada a la empresa el 26 de abril de 1957, es decir, cuando ya había corrido un segundo período prescripcional".

Transcribe el recurrente los pasos pertinentes de la motivación del fallo que impugna, y luego agrega:

"Como puede observarse, el fallo de segunda instancia desmejoró la situación del trabajador Ghitis, respecto al de primer grado, pues: a) Le niega el derecho desde el punto de vista de la acción, es decir, le desconoce el vínculo laboral, creándole una situación que lo obligaría a demostrar el contrato de trabajo que le fue reconocido por el *a-quo* y que constituye una verdad procesal que no podía ser desconocida por el *ad-quem* en perjuicio del trabajador en cuyo favor se surtió la consulta; y b) Le declara una segunda prescripción, también en su contra, que no fue considerada por el *a-quo* por cuanto el escrito en que se planteaba no fue tenido en cuenta por Juez en vista de su presentación extemporánea (f. 83). En tales circunstancias el Tribunal no podía pronunciarse acerca del nuevo planteamiento de esta segunda prescripción que repitió el apoderado de la empresa en su alegato ante el Tribunal (fs. 88 y 89) porque, como ya se advirtió antes, la empresa carecía de interés jurídico para ello, ya que no apeló del fallo del *a-quo.* Con esta decisión se hizo también más gravosa la situación del trabajador Ghitis, pues se le creó una carga prescriptiva que no estaba contemplada en el fallo de primera instancia".

El apoderado de la parte opositora solicita en su alegato de réplica el rechazo del cargo. Para confutarlo expone las siguientes razones:

Cualesquiera que hayan sido las consideraciones adicionales del Tribunal en la motivación de la sentencia, lo cierto es que en su declaración de derecho se limita a confirmar la decisión de primer grado, lo cual quiere decir que el fallo del *ad-quem,* es el mismo del *a-quo,* esto es, que están prescritas las acciones del actor, lo que extingue las obligaciones de la sociedad, por lo cual la absuelve de todos los cargos del libelo inicial. Conviene recordar que la verdadera declaración jurisdiccional es la de la parte resolutiva de las sentencias, por donde si la de primer grado hace un determinado pronunciamiento y la de segundo lo confirma, lo resuelto para hacer tránsito a cosa juzgada es el contenido del pronunciamiento del *a-quo.* Por tanto, constituye un imposible jurídico la ocurrencia de un nuevo gravamen para quien ya tenía declarada la misma situación de derecho. Además, la sentencia del *a-quo* no era susceptible de apelación por la sociedad, pues aunque ella había alegado dos ocurrencias distintas que en los supuestos respectivos configuraban el fenómeno de prescripción, como el Juzgado encontró probada la primera de ellas concretó de esa suerte la declaración del fenómeno prescriptivo. El simple deseo de abundar en razones o el académico de alegar que había otros motivos para la misma declaración judicial, no le daban a la sociedad interés jurídico para la apelación, ni habría sido ella atendible, pues declarado por el Juzgado que en abril de 1954 ya habían prescrito las acciones del demandante, no se le podía exigir que siguiera investigando si más tarde, en 1957, se habría operado también ese fenómeno. El hecho de que el fallo de primer grado se hubiera sustentado en uno solo de los motivos que se alegaron, no le resta valor al contenido de aquél. De todos modos, lo que produjo el Juzgado fue la declaración de prescripción extintiva de las obligaciones, con la consecuencia absolutoria forzosa, y contra esto ningún interés cabía alegar para interponer el recurso de apelación.

No es cierto que el Tribunal hubiera decretado una segunda prescripción, pues se limitó a confirmar el fallo de primera instancia. Que hubiese pensado en que, de haberse interrumpido en alguna época la prescripción alegada con base en el tiempo transcurrido entre la terminación del vínculo y la fecha de la carta a la que Ghitis atribuyó, mucho tiempo después, ese efecto, se habría generado siempre el fenómeno prescriptivo, es una consideración adicional que refuerza en conciencia la decisión confirmatoria, pero que nada agrega a la declaración jurídica esencial sobre prescripción.

Consideraciones de la Corte:

Debe examinar la Sala si la sentencia de segundo grado agravó la situación jurídica en que colocó al demandante el de primera, tesis

central de la acusación. Según los argumentos que ésta expone, dos fueron los agravios inferidos al actor por el fallo del Tribunal, a saber:

a) Le desconoció el derecho de acción que el de primera le había otorgado.

Observa la Sala: cuando la sentencia es absolutoria del demandado, no se puede sostener que le desconozca al actor el derecho de acción. Este es el derecho a la jurisdicción, esto es, el poder de provocar una decisión sobre la relación jurídica que con su demanda le propone el actor. En este sentido se dice por algunos doctrinantes que la acción tiene al Estado como destinatario. Otra cosa es la acción como pretensión, dirigida, no ya contra el Estado sino contra el adversario. La sentencia puede estimarla o desestimarla: en ambos casos cumple su oficio. Pero en el supuesto de que absuelva al demandado, de allí no se sigue que le niegue al actor el derecho de acción, sino únicamente el rechazo de su pretensión.

Toma el recurrente como nuevas declaraciones del fallo del *ad-quem,* las consideraciones que hace en su parte motiva. A lo cual observa la Sala: el acto de voluntad, obligatorio para las partes y el juzgador, no está en los razonamientos de la parte motiva, sino en lo que disponga la parte resolutiva. El Juez no representa al Estado en cuanto razona. En esta actividad ejecuta un acto de inteligencia semejante al que en el juicio cumplen las partes al sostener sus pretensiones, o al que realiza un consejero jurídico al emitir un dictamen. Las premisas lógicas de la sentencia pueden ser correctas o equivocadas, consonantes con lo que decida en la parte dispositiva o incongruentes con ella. Si ello ocurre, habrá un vicio en la formación del silogismo, sin incidencia en el acto jurisdiccional representativo a una de la voluntad de la ley y de la voluntad del Estado, pero no un defecto en la decisión de fondo con valor suficiente para llegar a la conclusión de que lo dicho en los fundamentos vale como pronunciamiento judicial de mérito.

Incurre la acusación en el error de creer que lo sometido al superior es la sentencia y no el juicio. Se sabe que según nuestro sistema procesal el juez del doble grado examina la causa *ex novo,* con poderes iguales al de primera, tomando como base de la decisión el material producido ante el inferior y el que él se haya procurado, cuando sea del caso. Como bien lo expresa Chiovenda, "lo que es objeto del examen del juez de segunda instancia no es la sentencia del de primera, sino directamente la relación jurídica controvertida. Y cuando al fin falla la apelación, la sentencia de primer grado pierde por completo el valor potencial que tenía al desaparecer la posibilidad de quedar como decisión del pleito.

"Se desconocen estos principios al atribuír a la sentencia de primer grado un valor diferente; en particular, cuando en el caso de desestimación de la apelación, se considera la sentencia de primera instancia como la verdadera y única de la causa. Esta es una equivocación grave, debida en parte a determinados usos externos que pueden fácilmente conducir a error. Es un hecho que el Juez de la apelación examina la sentencia de primera instancia, y parece hacer de ella la base de su juicio; mas es bien natural que, habiendo tenido ya lugar un primer examen de la causa, el segundo Juez considere ante todo el trabajo del primero; ello simplifica el suyo. La verdad es, sin embargo, que el segundo Juez a través de la sentencia de primera instancia, conoce de nuevo de la causa. Es un hecho también que, al fallar la apelación, el Juez de ésta emplea la fórmula: *confirma la sentencia apelada, rechaza la apelación* y otras semejantes. Pero ello no quiere decir que la sentencia de primer grado perdure así purificada de toda impugnación, como sucedía cuando la apelación no era otra cosa que una reclamación al Juez superior contra el inferior; en derecho moderno, la realidad es la de que el Juez de segundo grado dicta una nueva sentencia. Sólo por consideraciones prácticas, cuando el fallo de segundo grado es conforme al de primero, suele adoptar la forma de una mera referencia a la primera resolución, puesto que la sentencia de primer grado, aun habiendo perdido todo valor potencial de sentencia, es en todo caso prácticamente la mejor explicación lógica de la sentencia de apelación.

"En el caso de que la sentencia de apelación sea contraria a la de primera instancia, nada hace falta decir para demostrar que la única sentencia de la causa es la de apelación". (Instituciones, t. 2º, págs. 104 y 105).

En el caso *sub-judice* el Tribunal decidió el pleito declarando probada la excepción de prescripción. A eso equivale la fórmula "confirma la sentencia consultada", empleada en la parte resolutiva. Es un nuevo fallo igual al del Juzgado *a-quo,* decisorio de la relación jurídico-material objeto de la litis. La identidad entre las dos sentencias es contraria al concepto de que la de segunda causó agravios al actor. Para ello habría sido necesario que la sentencia del Tribunal no hubiera sido igual sino diferente y más gravosa que la del inferior. Que discrepen en los considerandos quiere decir únicamente que la actividad intelectual de los dos falladores se informó

en principios distintos, no que el diverso razonamiento se hubiera reflejado en sus resoluciones, pues, se repite, las dos tienen el mismo alcance. En ambas el resultado es idéntico: la absolución de la parte demandada.

Alega el cargo que la negación del derecho de acción obligaría al demandante a demostrar el contrato de trabajo que le reconoció el fallo de primer grado, agravando así su situación. La Sala observa: supone la prescripción la preexistencia del derecho en cabeza del acreedor. Es uno de los modos de extinción de las obligaciones, de manera que si la sentencia las declara prescritas es porque consideró que tuvieron vida legal. Pero si para declarar probada una excepción de prescripción se debe partir de la base de que el derecho existió, no se puede sostener que éste quede con vida, porque el fin propio de la prescripción es su aniquilamiento. Si se declara la prescripción, la acción deja de existir. Jurídicamente no es posible que una vez reconocida en la sentencia la excepción de prescripción, le quede todavía al titular de la acción el derecho de revivirla y que ese derecho inexistente le arrebató a Jacobo Ghitis la sentencia de segundo grado.

b) Consiste el otro agravio en que la sentencia declara una segunda prescripción en contra del actor, no reconocida en la sentencia de primer grado.

Alega el recurrente que el sentenciador carecía de poder decisorio para un pronunciamiento en tal sentido, porque la parte demandada no apeló del fallo de primer grado.

Observa la Sala:

No contiene la sentencia impugnada la declaración a que se refiere el recurrente. En su parte motiva habla del supuesto de que el actor hubiera interrumpido en tiempo la prescripción para concluír que aún así, esto es, subsistente el derecho, la prescripción no se interrumpió por segunda vez. Aceptando que son equivocadas esas consideraciones, no tuvieron incidencia en la parte resolutiva de la decisión, pues lo que ésta hace es confirmar la de primer grado. Además, declarar prescrita la acción porque se ejercitó expirado el plazo de tres años de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo hizo el Juzgado *a-quo*, o declararla prescrita porque no obstante haber sido interrumpida corrió otro trienio para su prescripción, según el artículo 489 ibídem, sin que hubiera sido nuevamente interrumpida, como lo sostiene el Tribunal, llevan a la misma consecuencia. De otro lado, no es exacto que la sentencia del *ad-quem* declare probadas dos prescripciones: la del Juzgado, en primer término, y la suya en segundo. Un pronunciamiento así habría implicado un error inexcusable, pues extinguida la acción por obra de la primera prescripción, la segunda habría tenido que operar sobre un derecho inexistente. Es obvio que la obligación extinguida por prescripción, no puede perecer de nuevo por obra del mismo fenómeno.

La acusación afirma que el *ad-quem* acogió la tesis del apoderado de la sociedad demandada sobre las dos prescripciones, sostenida en su alegato de folios 88 y 89, a pesar de que no siendo ella apelante, carecía de interés jurídico para actuar en el segundo grado. Anota la Sala que el Tribunal no hace mérito de las alegaciones en referencia. Coinciden, en parte, es verdad, los razonamientos que en ellas se hacen con los que expone el *ad-quem*. Ambos hablan de dos interrupciones de la prescripción, ninguna de las cuales tuvo operancia según el parecer del personero de la sociedad, aceptando el Tribunal como simple supuesto que hubo una primera interrupción, no habiendo sido eficaz la segunda. Pero el *ad-quem* no declara que en el juicio resultan demostradas dos prescripciones. No puede ser objeto de reparos la circunstancia de que el sentenciador hubiera contemplado aspectos diversos de los que tuvo en cuenta el fallo de primer grado, pues el doble examen recae, como antes se anotó, sobre toda la relación jurídica controvertida. Y ese examen lo hizo, sin tomar en cuenta las alegaciones de que se ha hecho mérito, con fundamento en pruebas allegadas a los autos.

Son, pues, valederos los argumentos expuestos por el opositor para demostrar que el cargo no resulta fundado, y, en consecuencia, la Sala lo desecha.

SEGUNDO CARGO

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 61 (numeral c), 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, 1551 y 2535 del Código Civil y 151 del Código de Procedimiento Laboral, y consecuencialmente, por falta de aplicación, los artículos 127, 249, 253, 306, 65, 186 y 189 del primer código.

La sentencia llegó a tales infracciones por estos errores de hecho:

1º No dar por demostrado, estándolo, que el contrato entre las partes terminó realmente el 30 de abril de 1951.

2º Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor no hizo su reclamo de prestaciones en tiempo oportuno para interrumpir la prescripción.

3º No dar por demostrado, estándolo, que el actor interrumpió la prescripción desde el 25 de marzo de 1954 y que, por tanto, tenía derecho a que se le reconocieran las prestaciones que pide y la indemnización por mora en su pago.

4º No dar por demostrado, estándolo, que, cuando menos, el derecho del actor a la parte proporcional de la prima de servicio correspondiente a los cuatro primeros meses de 1951 no alcanzó a prescribir, pues interrumpió oportunamente la prescripción, por primera vez con la carta del 31 de mayo de 1954 y por la segunda con la demanda inicial del juicio, notificada el 26 de abril de 1957, por lo cual debió condenarse por lo menos a esta prestación y a la indemnización moratoria.

Los errores de hecho tuvieron por causa la mala apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras. Hace el cargo la relación de aquellas y de éstas y luégo, para su demostración, expone:

Se debe entender que el Tribunal acogió el análisis probatorio, los razonamientos jurídicos y la conclusión del Juzgado *a quo* sobre el fenómeno de la prescripción, y por ello —dice el impugnador— se hace forzoso desarrollar el cargo, atacando, en lo pertinente, tales presupuestos.

I. TIEMPO DE SERVICIOS

Anota que el *ad-quem* habla de un tiempo de servicios superior al declarado por el *a-quo*, pues dice que la demanda (hecho 1º); aceptado por la sociedad, se refiere a un período que abarca el año de 1950 y los primeros cuatro meses de 1951.

Toda la exposición del recurrente tiende a demostrar que en el juicio está probado que el contrato entre las partes tuvo esta duración: del 1º de enero de 1950 al 30 de abril de 1951. Demuestran el contrato por este término: la respuesta de la empresa a los hechos 1º y 3º de la demanda; la primera pregunta del pliego de posiciones formulado por su apoderado al demandante; y el alegato del mandatario judicial de la sociedad ante el Tribunal.

No hay pruebas en contrario —afirma el autor del recurso— que infirmen el hecho de que el contrato tuvo la duración ya señalada, pues las que para tal fin pudieran tomarse en cuenta, como son las cartas del 7 y 21 de abril de 1951 (fs. 58 y 55) y las inspecciones oculares (fs. 63 y 79 y 80), dado su contenido, no sirven para acreditar un tiempo de servicio menor al comprendido entre el 1º de enero de 1950 y el 30 de abril de 1951.

"Si el Tribunal —dice el recurrente— hubiera apreciado correctamente las diversas probanzas que se acaban de analizar habría concluído que el contrato de trabajo entre el demandante Jacobo Ghitis y la empresa demandada que se inició el 1º de enero de 1950, terminó el 30 de abril de 1951, y así, muy respetuosamente pido a la Sala que al convertirse en Tribunal de Instancia, proceda a declararlo".

II. PRESCRIPCION

El capítulo del cargo que lleva este título, hace las siguientes consideraciones.

Estima la sentencia que en las cartas del 25 de marzo (f. 19) y 7 de abril (f. 13) de 1954, el actor no hizo reclamo de sus prestaciones sociales correspondientes a su contrato de trabajo, sino que en ellas reclamaba a nombre de la sociedad que tenía con su hermano Alberto y que creían les debía la empresa demandada en razón del contrato comercial que celebraron con ésta en mayo de 1951. Esta apreciación del Tribunal es equivocada, pues aunque firma la primera carta "A. J. Ghitis" y la segunda "A. & Ghitis", en ellas no se determina lo que creyó adivinar la sentencia. Contienen las notas una reclamación general sobre prestaciones que hacen los dos hermanos, lo cual no autoriza para entender que tales reclamos excluían expresamente las prestaciones que la empresa le estaba debiendo al demandante por su anterior contrato de trabajo terminado el 30 de abril de 1951, pues si se tiene en cuenta que el actor continuó trabajando sin interrupción con la misma empresa (aunque en condiciones diferentes, a partir de mayo de 1951) era natural que al hacer la reclamación englobara en un solo pedimento tanto las prestaciones que el patrono le debía por su contrato de trabajo como las que él creía que le debía también en razón del contrato comercial. Por eso en la carta del 31 de mayo (fs. 12 y 55) el actor, ante la negativa de la empresa, reclama nuevamente que de lo pedido en las cartas del 25 de marzo y 7 de abril, al menos le reconozca y pague lo que le corresponde por su contrato de trabajo, y de ahí que la carta del 31 de mayo no pueda tomarse como demostrativa del primer reclamo que de sus prestaciones por ese contrato hiciera el actor, ya que la misiva no es otra cosa que una manifestación de insistencia en la petición de prestaciones por su contrato laboral, tal como lo explica Jacobo Ghitis al absolver posicio-

nes (respuestas 4ª y 5ª, f. 52 vto.) y lo expresa el hecho 5º de su demanda.

La circunstancia de que la empresa le hubiera dado a los reclamos del 25 de marzo y 7 de abril de 1954 el carácter de peticiones exclusivas de la sociedad "A. y J. Ghitis", como se desprende de las cartas respuestas de 9 de abril (f. 14) y 28 del mismo mes (fs. 15, 16, 37 y 38) de 1954, y de la contestación al hecho 5º de la demanda (f. 32) no alteran ni modifican la realidad del contenido de tales reclamos, cuyo alcance general, por la forma como están concebidos los pedimentos, no puede entenderse limitado y excluyente, a la manera como lo tomó el Tribunal.

Si la sentencia aprecia correctamente las pruebas estudiadas, hubiera concluído que el actor interrumpió la prescripción de sus derechos sociales, y hubiera encontrado en la carta del 31 de mayo, no el documento extemporáneo que halló, sino la prueba indicativa del salario de aquél y del monto de las prestaciones debidas, que relacionándolas con las cartas-respuestas del 4 de junio (f. 20) y 11 del mismo mes (f. 18), cartas estas dos últimas que no apreció, y en la primera de las cuales se acepta por la empresa implícitamente el valor de la reclamación, y en la segunda le dice la sociedad al actor que en razón del concepto del Inspector del Trabajo (f. 17), no le hace el giro anunciado por considerar prescrita la acción, y relacionándola también con la respuesta al hecho 5º de la demanda, que apreció indebidamente, en donde la empresa a la carta reclamó del 31 de mayo no niega la cuantía de la deuda, sino que únicamente observa que Ghitis no reclamó cuando la empresa estaba dispuesta y obligada a pagar, y con la afirmación en igual sentido que hace el apoderado de la demanda en su alegato ante el Tribunal (fs. 88 y 89), hubiera éste encontrado suficientes elementos de prueba para condenar a la empresa al pago de las prestaciones demandadas. Y si por otra parte, hubiera estimado también las diversas constancias dejadas por el *a-quo* reclamando con insistencia al gerente de la demandada el certificado sobre sueldos y tiempo de servicios del actor (f. 44 v. 50 v. y 51), que no fue atendida, habría concluído que la empresa fue renuente a suministrar los informes, y si a ello se agrega la injustificable actitud de aquélla para alegar una prescripción no cumplida, habría concluído el Tribunal en declarar la mala fe de la sociedad, condenándola a la sanción moratoria correspondiente.

Por tales razones la sentencia incurrió en los errores de hecho señalados con los numerales 2º y 3º, e infringió los artículos relacionados en el cargo, por lo cual debe la Corte condenar a la empresa, con base en las pruebas enunciadas y en su correcta apreciación, a las prestaciones e indemnización que solicita la demanda inicial.

III. LA PRIMA DE SERVICIO POR LOS CUATRO PRIMEROS MESES DE 1951.

Dice el recurrente:

La sentencia estimó que todas las prestaciones del actor eran exigibles al tiempo de su desvinculación contractual, y como considera que ésta se efectuó en abril de 1951, concluye que cuando el actor hizo su reclamo en carta del 31 de mayo de 1954, sus acciones habían prescrito. Pero no tuvo en cuenta un hecho que surge de la ley, y es el de que la exigibilidad de la prima del primer semestre de 1951 o de cualquier parte proporcional de él sólo empezaba el 30 de junio de ese año, según el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Sometida a plazo la obligación por dicha norma, su exigibilidad no empezaba sino al vencerse el plazo, esto es, el 1º de julio de 1951, fecha inicial para el cómputo de la prescripción. Por tanto, cuando el actor reclamó el 31 de mayo de 1954, estaba dentro del término para interrumpir por primera vez la prescripción, y aun dentro de los términos que tuvo en cuenta la sentencia, estaba también en tiempo el actor para interrumpirla por segunda vez, ya que la demanda "fue notificada a la empresa el 26 de abril de 1957 (f. 30)".

El Tribunal incurrió, pues, en el error evidente de hecho anotado en el numeral 4º al principio del cargo, por haber estimado que la carta del 31 de mayo fue extemporánea, pues ella acredita que el actor estaba en tiempo para interrumpir la prescripción, y por no haber visto en la misiva, relacionada con las otras probanzas ya indicadas, la prueba suficiente sobre el salario del demandante en los cuatro primeros meses de 1951 y que fija en la suma de $ 5.910.43. Según la relación de las pruebas a que el cargo se refiere, la empresa aceptó la base salarial dada por el actor y sobre ella la Corte, en instancia, podrá liquidar el valor de la prestación como el de los salarios caídos, pues la mala fe de la parte demandada aparece ostensible al negarse a suministrarle al Juez de primer grado la certificación sobre sueldos y tiempo de servicios, y al ampararse, para negar al actor sus prestaciones, en una prescripción sin fundamento en los autos y en la ley.

En cuanto al segundo término prescripcional que declaró la sentencia, ésta apreció mal las constancias sobre presentación y notificación de la demanda (fs. 5 y 30) pues la segunda prescripción sólo se cumplía, dentro de la hipótesis que tuvo en cuenta, el 31 de mayo de 1957, y la demanda se comunicó a la sociedad el 26 de abril de ese año, esto es, dentro del tiempo hábil para interrumpirla.

A través de la mala apreciación probatoria indicada, la sentencia violó las normas legales que cita la acusación.

En su réplica al cargo, expone el apoderado de la parte opositora:

a) Los falladores de instancia no pudieron precisar la fecha de terminación del contrato, y las pruebas que cita del cargo tampoco producen convicción sobre el punto. La respuesta a la demanda carece de la debida exactitud, pues allí se habla de fines de abril sin llegar a mayo. No aclaran la fecha las preguntas de las posiciones, pues lo que el recurrente considera vago y contradictorio no es otra cosa que la discrepancia que surge entre lo que las preguntas afirman y lo que él desearía que afirmaran. Es también opinión que no sirve para oponerla a la estimación probatoria de la sentencia, la referente a que las cartas de folios 58 y 55 no abonan la decisión del Tribunal. Al contrario, al tenor de ellas, basta para mantenerla, la absolución de posiciones del actor (respuesta a la pregunta 3ª).

b) Pero aceptando que el contrato de trabajo terminó el 30 de abril de 1951, lo cierto es que el actor dejó transcurrir más de tres años para hacer el reclamo de sus derechos laborales. Todo su esfuerzo probatorio se concretó a presentar como documento interruptivo de la prescripción la carta del 25 de marzo de 1954 y la del 7 de abril del mismo año, suscritas por los hermanos Ghitis. Estimaron los juzgadores que esas piezas no constituían reclamo de prestaciones de Jacobo Ghitis, sino de los dos hermanos del mismo apellido, del todo infundado, pues pretendía el reconocimiento de beneficios laborales a una sociedad comercial. Cualquier duda al respecto la despejaría la carta del 31 de mayo de 1954, cuyo primer párrafo precisa lo que reclamaban "A. & J. Ghitis" en las cartas del 25 de marzo y 7 de abril del año citado, esto es, las prestaciones sociales de Jacobo y Alberto Ghitis, como agentes en el contrato comercial, y que sólo ante la evidencia de que el vínculo comercial no causaba derechos laborales, pide Jacobo Ghitis en la carta del 31 de mayo, que, por lo menos, se le reconozca a él el valor de sus prestaciones. Así lo admite el demandante al absolver posiciones, sin que sus aclaraciones alcancen a desvirtuar el sentido de las cartas de marzo y abril.

c) Si es verdad que entre el 31 de mayo de 1954 y el 26 de abril de 1957, fecha de la notificación de la demanda, no alcanzó a transcurrir el término de la prescripción, la fecha del 31 de mayo de nada sirve, pues cuando en la nota reclama Ghitis por primera vez sus prestaciones por servicios hasta abril de 1951, ya habían transcurrido más de tres años. "Entonces, no es que a partir de ese 31 de mayo empiece a contarse un nuevo término de prescripción, que no alcanzó a cumplirse por la interrupción efectuada con la demanda judicial, sino que ya se había operado dicho fenómeno".

ch) Con referencia a la prescripción de la prima por el tiempo trabajado en los primeros meses de 1951, dice, refiriéndose al artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo: La circunstancia de que el derecho se genera proporcionalmente, por fracciones de semestre, obliga a liquidarlo y pagarlo, en caso de terminación del contrato, en este mismo momento, que es cuando se hacen exigibles todas las prestaciones que tienen su fuente en la convención, y el patrono que así no lo hiciera se expondría a los salarios caídos. En ese equivocado supuesto tampoco cabría entender que la falta de la prescripción de la prima generaba el derecho a salarios caídos, porque no se puede edificar una declaración de mala fe para no pagar sobre esta base errónea, en el hecho de que la prima proporcional no se causa, en caso de terminación del contrato, sino en junio o diciembre. Tampoco tiene que ver la prescripción con el fenómeno de la mala fe, pues es un medio legal de extinguir obligaciones como cualquier otro de los consagrados en la ley.

Se considera:

Los errores de hecho.

1º Está acreditado en el juicio que el contrato terminó el 30 de abril de 1951. El Tribunal sostiene que expiró antes de esa fecha, en oposición con lo que resulta de las pruebas que el cargo cita en el capítulo I. Tal conclusión patentiza error de hecho evidente.

La Sala observa:

El apoderado de la parte demandada admite lisa y llanamente, al responder los hechos 1º y 3º del libelo inicial (f. 32) que el actor trabajó al servicio de su mandante el año de 1950 y los cuatro primeros meses de 1951, esto es, hasta el 30 de abril. Ese reconocimiento tiene el valor

de confesión judicial (art. 607 del C. J.) y quien la rindió no ha tratado de desvirtuarla alegando error de hecho inculpable o excusable, caso en que la confesión puede quedar sin efecto (art. 606 ibídem).

Sobre el punto dice la sentencia recurrida (f. 92 v.): "El hecho primero de la demanda, que la parte opositora acepta se refiere a un tiempo de servicios que abarca el año de 1950 y los cuatro (4) primeros meses de 1951, mejor dicho hasta fines de abril, sin llegar a mayo (fs. 52 y 53, 55 y 58)".

Sin embargo, se aparta de la anterior conclusión, pues al examinar la segunda interrupción de la prescripción (la primera tuvo efecto) toma como punto de partida, no el 30 de abril de 1954 (fecha en que debía expirar el término de tres años que para la consumación del fenómeno señala el art. 488 del CST.) sino una fecha anterior que no precisa pero que debe situarse entre el 25 de marzo y el 7 de abril de 1951, y partiendo de esa base manifiesta que corrió el segundo término prescripcional, pues el hecho interruptivo (la notificación de la demanda a la empresa) se surtió el 26 de abril de 1957, prescrita ya la acción.

Si el contrato terminó el 30 de abril de 1951, como en principio lo acepta la sentencia, el señalamiento de una fecha anterior con carácter definitivo, hace evidente el error de hecho alegado.

Con todo, debe advertirse que el error no conduce por sí solo a la quiebra de la sentencia, pues al confirmar ésta la de primer grado hizo suya la decisión del a-quo, que declaró probada la excepción de prescripción. La incidencia del error en la decisión recurrida dependerá de que los demás errores alegados, referentes a la interrupción de la prescripción, resulten también acreditados. Si así no ocurre, la equivocación del fallador carecerá de consecuencias. Lo que sobre tal cuestión se decida al examinar los demás aspectos de la acusación, dejará definido el primer ataque contra el fallo impugnado.

Como las demás pruebas a que el cargo se refiere, que el recurrente estima mal apreciadas, tienen por objeto demostrar el primer error de hecho, resulta innecesario examinarlas.

2º La sentencia da por demostrado, sin estarlo, que el actor no interrumpió la prescripción mediante reclamo oportuno de sus prestaciones. Consecuencia de ese error es el de no dar por demostrado, como lo está, que Jacobo Ghitis interrumpió la prescripción desde el 25 de marzo de 1954, adquiriendo así el derecho a las prestaciones e indemnización que reclama.

Para la mejor ilustración del punto, conviene dar a conocer los actos interruptores de la prescripción y enfrentarlos al artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

Primer reclamo.

Carta de fecha 25 de marzo de 1954 (f. 19). La dirigen a la empresa "A. J. Ghitis" (Alberto y Jacobo Ghitis). Piden en ella que se les liquiden sus prestaciones sociales, sin expresar cuáles son las que estiman insolutas.

Respuesta: Carta de abril 9 de 1954 (f. 14). La dirige la empresa a "A. & J. Ghitis". Le dice ella a los signatarios de la carta anterior, en relación con la solicitud sobre pago de prestaciones sociales, que tengan calma, mientras obtiene el concepto pedido al Ministerio del Trabajo.

Carta del 7 de abril de 1954 (f. 13). La autorizan "A. & J. Ghitis". Le dicen a la empresa que están extrañados de la falta de contestación a dos notas anteriores en que le solicitan el pago de sus "prestaciones sociales" (no las especifican) y le ruegan su liquidación a la mayor brevedad.

Respuesta: Carta del 28 de abril de 1954 (f. 15), dirigida a "A. & J. Ghitis". Expresa la nota que habiendo recibido la empresa el concepto de la Oficina de Trabajo de Barranquilla, cuya copia les incluye, los reclamantes no tienen, legalmente, derecho a prestaciones sociales, según lo sostiene dicha oficina.

Segundo reclamo.

Carta del 31 de mayo de 1954 (f. 12). La suscribe Jacobo Ghitis. Expresa la nota: "En comunicaciones de fechas 25 de marzo y 7 de abril últimos hice, con mi hermano Alberto, reclamación del valor de las prestaciones sociales que nos corresponden como agentes de ustedes, a las cuales respondieron las cartas fechadas 9 y 28 de abril mencionado. Como de esta última se desprende que ustedes me desconocen como su empleado desde la fecha en que trabajo a su servicio conjuntamente con mi hermano Alberto, o sea desde el mes de mayo de 1951, resulta que, por lo menos, me deben el valor de las prestaciones sociales correspondientes al lapso comprendido entre los meses de enero de 1950 y abril de 1951, en el cual, sin posibilidad de desconocimiento alguno de su parte, fui agente viajero al servicio de su firma". La nota detalla las prestaciones que reclama (vacaciones, cesantía y primas de servicio), el salario promedio mensual, y el valor de las deudas, incluyendo indemnización moratoria, que fija en la suma de $ 58.016.50.

Respuesta:

1º Carta del 4 de junio de 1954 (f. 20). Está dirigida a Jacobo Ghitis. Dice la empresa que ha pasado la nota del 31 de mayo al Departamento Legal para su estudio, y que si el concepto es favorable le enviará el cheque por la cantidad de $ 58.016.50.

2º Carta del 11 de junio de 1954 (f. 18). En la comunicación le dice la empresa a Jacobo Ghitis que confirma su nota anterior del 4 de junio, limitándose a remitirle el concepto de la Oficina Nacional del Trabajo relativo a su reclamo hecho en la carta del 31 de mayo, y que como el concepto es adverso, lamenta "no remitirle el cheque por el montante de su reclamación".

La Sala observa:

Acepta el Tribunal el primer reclamo como simple supuesto, al cual no atribuye ninguna eficacia, porque "los documentos de folios 76 y 77 a 78 dejan dudas sobre la verdadera situación jurídica del demandante, pues no se sabe si entonces era representante o agente del vendedor con derecho a prestaciones sociales", ya que allí se alude a la libertad para dedicarse a otras actividades y negocios, "de modo que por este aspecto sustantivo también recaería absolución".

Otro pasaje del fallo se refiere al mismo reclamo, en estos términos: "Pero la demanda, no obstante que se introdujo al Juzgado el 12 de febrero de 1957, apenas se vino a notificar de su admisión a la contraparte el 26 de abril del mismo año, cuando ya había transcurrido otro trienio a partir de la supuesta primera interrupción, fenómeno éste que para su operancia legal requiere la formalidad de haber recibido el patrono el escrito respectivo, lo cual en lo judicial no se cumple con la simple presentación del libelo, sino con las diligencias de notificación y traslado".

La prescripción y su interrupción las examina con detenimiento el fallo de primer grado, y como el de segunda acogió la solución dada por el Juzgado a la litis, es aceptable —como lo afirma el recurrente— estimar que sus razonamientos hacen parte de la motivación del fallo impugnado.

Expone el fallador de primera instancia, en relación con el primer reclamo: al folio 19 y con fecha 25 de marzo de 1954 aparece una copia de la comunicación de "A. J. Ghitis", reconocida por el actor en posiciones; en la absolución de ellas acepta que el autor de la nota es la sociedad "A. y J. Ghitis-Manufacturas Anderson", declarando que tanto su hermano Alberto como él le reclamaban a la empresa las prestaciones sociales que les debía. La demanda (hecho 2º) establece que a la terminación del contrato de trabajo entre el actor y "Lustgarten e Hijos", las partes resolvieron celebrar nueva convención de índole comercial, en la cual concurrieron los hermanos Alberto y Jacobo Ghitis como agentes vendedores para varios departamentos del país. En tales condiciones, entre "Lustgarten e Hijos" y los hermanos Ghitis, a partir de la fecha en que el contrato se celebró, sólo existió uno de naturaleza comercial. Sin embargo la sociedad "A. & J. Ghitis" reclamó en la carta comentada el pago de prestaciones sociales, siendo muy significativo que sólo en posiciones aclare el actor que la petición de que habla la carta citada, exigía la cancelación de las suyas y las de su hermano, separadamente, cuando en realidad, quien formula el reclamo es la sociedad de agentes vendedores, por lo cual no se trata de reclamación personal y directa del trabajador Jacobo Ghitis, como lo exige el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

El reclamo contenido en la carta del 7 de abril de 1954, hecho por "A. & J. Ghitis" (f. 13) se hizo prescrita ya la acción. Las dos notas (la de marzo y abril) fueron contestadas por la empresa a la sociedad referida, como era lógico, negando, la del 28 de abril del año citado, el derecho a prestaciones sociales, con base en un concepto de la Oficina del Trabajo de Barranquilla.

Con respecto al segundo reclamo (carta del 31 de mayo de 1954), dice el Juzgado, después de transcribirla en lo pertinente, que la nota es la mejor demostración de que las comunicaciones del 25 de marzo y el 7 de abril contienen peticiones a la empresa formuladas por "A. & J. Ghitis", y no por Jacobo Ghitis personalmente. También acredita la carta de mayo que el actor le pide por primera vez al patrono, en su propio nombre, la cancelación de sus prestaciones sociales. Por tanto —agrega el Juzgado— "en la fecha del 31 de mayo de 1954 la acción estaba prescrita, teniendo en cuenta la fecha de terminación del contrato de trabajo".

La Sala halla correcta la interpretación dada por el Juzgado *a-quo* a la correspondencia relacionada y a las confesiones del actor. No varían los fundamentos de la decisión por el hecho de haber señalado como fecha de expiración del vínculo laboral el 1º de abril de 1951, pues partiendo del 30 de ese mes y año, que es la fecha que resulta de las pruebas del proceso, los tres años de la prescripción se cumplían el 30 de abril de 1954, es decir, antes del reclamo de que trata la carta del mes de mayo siguiente.

Si como lo pretende el recurrente, se toman las cartas de marzo y abril como expresivas de un reclamo general de prestaciones sociales, formulado por los hermanos Jacobo y Alberto Ghitis, en razón del contrato comercial, y además como solicitud de cancelación de las prestaciones emanadas del contrato laboral entre las partes, la interpretación no sería aceptable por estas razones:

Según el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, el reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, *"acerca de un derecho debidamente determinado"* (subraya la Sala) interrumpe la prescripción, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Adolecen las cartas de marzo y abril de una falla fundamental, y es la de que no concretan ni especifican derecho alguno. Ambas hablan de *"prestaciones sociales"*, sin precisar cuáles son las que estiman insolutas los reclamantes. Son varios los derechos que emanan del contrato laboral, y como lo ordinario y corriente es que el patrono los satisfaga al expirar el vínculo, para el evento de que alguno quede sin cancelar o de que no hayan sido cubiertos en su totalidad, el canon legal exige que el reclamo escrito especifique las deudas pendientes. El mismo requisito debe cumplirse para el caso de que ninguna de las obligaciones haya sido cancelada. Los documentos no individualizan las prestaciones a que creían tener derecho los dos hermanos Ghitis, ni las correspondientes a Jacobo Ghitis, originadas del contrato de trabajo. Sin el cumplimiento de la formalidad prevista en el citado artículo 489, los reclamos de las referidas cartas no tuvieron el mérito de interrumpir la prescripción. Determinar los derechos objeto del reclamo, como lo manda el prementado artículo 489, significa hacer su relación, según la acepción gramatical del verbo, pues el vocablo expresa esta idea: *"fijar los términos de una cosa"*. La frase "prestaciones sociales" es indeterminada, pues se ignora si comprende todas las que establece la ley del trabajo o sólo parte de ellas.

Tampoco se prestan las cartas para atribuírles el sentido que indica el impugnador, pues resulta opuesto a la propia demanda inicial (hecho 2º), como bien lo observa el fallo del Juzgado. En efecto, allí dice Jacobo Ghitis por boca de su apoderado, lo siguiente: "El contrato de trabajo celebrado verbalmente terminó en el año de 1951, mes de mayo, puesto que en esa fecha las partes resolvieron celebrar un contrato de índole puramente comercial, en virtud del cual mi mandante y su hermano Alberto seguían trabajando como agentes para los Departamentos del Huila, Tolima, Cauca, Nariño, Caldas, y Valle, recibiendo mercancías en consignación para dedicarse a la venta con libertad para emprender otras actividades".

Un contrato como el que menciona el hecho transcrito, queda fuera del ámbito de la relación de trabajo dependiente y no da lugar a las prestaciones sociales que en ella encuentran su causa jurídica. Por tanto, si la parte actora se encargó de calificar de comercial la convención en que intervinieron los dos hermanos Ghitis, diciendo que ella gobernó sus relaciones con la empresa desde el mes siguiente al de expiración de su contrato laboral con "Lugstgarten e Hijos", resulta inadmisible aceptar que las cartas de marzo y abril solicitaban el pago de prestaciones derivadas no sólo del vínculo mercantil sino también del laboral que le antecedió.

Para el recurrente, la carta del 31 de mayo no contiene el primer reclamo que de sus prestaciones hace Jacobo Ghitis, sino una reiteración del que había formulado en las notas de marzo y abril, como aquél lo explica en posiciones (respuestas a las preguntas 4ª y 5ª) y en el hecho 5º de su demanda.

Las posiciones (fs. 52 y 53).

Dice la pregunta cuarta del pliego: "Diga el absolvente, sí o no, que de conformidad con la carta enviada a 'Lustgarten e Hijos, Fábrica Slaconia' el 25 de marzo de 1954, el reclamo de las prestaciones sociales que se le habían hecho, siempre había sido para la sociedad 'A. & J. Ghitis Ltda. Manufacturas Anderson' y nunca para J. Ghitis personalmente?". Contestó "Sí es cierto y aclaro: nosotros reclamábamos nuestras prestaciones sociales como Alberto y Jacobo Ghitis, ya que como yo había trabajado anteriormente al servicio de 'Lustgarten e hijos' mis prestaciones debieron ser mayores que las de mi hermano, por lo tanto reclamábamos no como la sociedad, sino individualmente".

La pregunta quinta está redactada así: "Diga el absolvente como es cierto, sí o no, que conforme a la carta del 31 de mayo del mismo año, solo en esta fecha, vale decir, el 31 de mayo de 1954, vino a reclamar por primera vez en forma personal las prestaciones sociales que en su concepto le adeudaba la empresa demandada?". Contestó: "No es cierto, y aclaro: ya que yo venía reclamando puesto que creía tener el derecho a mis prestaciones, tanto yo como mi hermano en vista de que ellos nos habían hecho firmar

un contrato que consideramos se hizo con el fin de eludir el pago de las prestaciones sociales puesto que las condiciones de trabajo eran exactamente las mismas antes de la firma de ese contrato, debido a esto y en vista de la renuencia de ellos a cancelarnos el valor de las prestaciones me dirigí yo solo a ellos, reclamando el valor de mis prestaciones''.

El hecho quinto de la demanda (f. 2 y 3).

Expresa: '' 'Lustgarten e Hijos, Fábrica Slaconia', se ha negado a pagar a mi representado las prestaciones sociales a que tiene derecho, alegando que la acción estaba prescrita. Tal prescripción no existe, porque fue interrumpida en virtud de reclamación escrita que se formuló por mi mandante a la empresa, en varias ocasiones, antes de que se vencieran los tres años de que habla el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo''.

La Sala observa:

Admite la respuesta a la posición cuarta que el reclamo de la carta de marzo de 1954 fue hecho por la sociedad ''A. & J. Ghitis-Manufacturas Anderson''. La aclaración dice que no es la sociedad la que reclama sino los hermanos Alberto y Jacobo Ghitis, cambiando la persona jurídica por dos personas naturales. Estima la Sala que lo dicho a título de aclaración es hecho distinto del confesado, haciendo divisible la confesión, extremo que coloca al absolvente en la obligación de probar el hecho envuelto en la aclaración, como lo previene el artículo 609 del Código Judicial. Sabido es que la sociedad es persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 2070-2 del C. C.). Luego lo que se diga de la sociedad no es predicable de sus socios. Si quien contrató con ''Lustgarten e Hijos'' fue la sociedad integrada por los dos hermanos Ghitis, como lo dice el actor en el hecho 2º de la demanda, los derechos emanados del contrato social pertenecían a la persona jurídica y no a las personas naturales que le dieron vida. La aclaración no se acomoda al texto de la nota del 25 de marzo; al hacerla el absolvente le da un significado inverso, haciéndole decir cosa distinta de lo que ella expresa. La interpretación, sea de leyes o de contratos, debe hacerse tomando en cuenta su contenido, no declaraciones de voluntad extrañas al acto cuya exégesis se ha querido determinar. Lo que en posiciones persigue el actor no es aclarar sino dejar sin efecto el hecho que la carta de marzo pregona, pretensión inaceptable, sin ninguna eficacia en derecho probatorio, según se dejó expuesto.

En la respuesta a la pregunta quinta de las posiciones niega el absolvente que su primer reclamo a la empresa hubiera sido el contenido en la carta del 31 de mayo. Manifiesta que se le había formulado antes en la carta del mes de marzo, tanto por las prestaciones que a él le correspondían como las causadas en favor de su hermano Alberto. Otra de sus explicaciones es la de que la sociedad demandada le hizo firmar a los dos hermanos Ghitis un contrato para eludir el pago de aquéllas.

Acerca del alcance de la nota de marzo la Sala se remite a la que ya expuso sobre tal documento. La afirmación de que los dos hermanos Ghitis fueron forzados por ''Lustgarten e Hijos'' a firmar una convención para burlarle al actor el pago de las obligaciones surgidas del contrato laboral anterior, resulta contraria a la contenida en el hecho segundo de su demanda de instancia, del cual aparece que el acto jurídico de que habla, de naturaleza mercantil, fue el resultado de declaraciones libres de voluntad, sin que en su formación hubiera intervenido elemento alguno de coacción. Por lo demás no se alegó por el actor ningún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) ni obra en el proceso prueba alguna al respecto.

El hecho 5º de la demanda de instancia no sirve para demostrar, como lo afirma el recurrente, que la carta de mayo repetía los reclamos de las cartas de marzo y abril. Como actos interruptores de la prescripción la aludida pieza sólo menciona las cartas de estos dos últimos meses, como puede constatarse con la lectura de la segunda de las súplicas de la *intentio*.

Por otra parte, es obvio que si la correspondencia de marzo y abril reclama prestaciones derivadas de un contrato comercial, la del 31 de mayo no se puede entender en el sentido de que en ella Jacobo Ghitis insistía en que se le cancelaran las que tenía por causa de su contrato de trabajo, pues una convención mercantil no da derecho a prestaciones sociales. Que los referidos documentos de marzo y abril solicitaban la cancelación de obligaciones con base en contrato distinto al de trabajo, es cuestión que aclara suficientemente la nota del 31 de mayo, cuyo texto se dejó transcrito anteriormente.

Además de las pruebas ya examinadas, cita el recurrente como mal apreciadas las siguientes:

a) El alegato del apoderado de la sociedad ante el Tribunal (fs. 88 y 89).

Lo dicho en esa pieza no abona la tesis del recurrente, pues todo el razonamiento se encamina a demostrar que el único reclamo personal

y directo del actor es el consignado en la nota del 31 de mayo. De otro lado, en el supuesto de que el personero de la empresa hubiera admitido lo que el impugnador afirma, no podría dársele a su declaración mérito probatorio, pues al mandante obligan las confesiones contenidas en limitados actos procesales, como los relacionados en el artículo 607 del Código Judicial, entre los cuales no figuran los alegatos de conclusión.

b) La carta del 21 de abril de 1951 (fs. 55 a 57).

Le anuncian en ella los hermanos Ghitis a la sociedad demandada que han quedado abiertas las operaciones de la agencia comercial bajo su dirección, encargada de la venta de los productos de la empresa.

La prueba sirve para acreditar lo que afirma el hecho segundo de la demanda inicial, esto es, el de que las relaciones jurídicas entre "Lustgarten e Hijos" y Alberto y Jacobo Ghitis, sucedieron a las de índole laboral entre dicha sociedad y el actor. Ese hecho es ajeno al punto que se propone demostrar el recurrente en el capítulo II del cargo, es decir, el de que el demandante interrumpió la prescripción en virtud del reclamo escrito contenido en la carta del 25 de marzo de 1954.

c) El contrato de agencia comercial entre "Lustgarten e Hijos" y los hermanos Ghitis del 9 de agosto de 1951 (fs. 25 y 26).

En relación con este contrato cabe hacer la misma observación formulada a propósito de la carta del literal anterior.

Las inspecciones oculares de folios 63, 79 y 80. Ninguna luz arrojan sobre el tema que plantea la demanda de casación en el capítulo del cargo de que se hizo mérito, relativo a la interrupción de la prescripción que se dice realizada en marzo de 1954. Dan cuenta del valor de las comisiones devengadas por Jacobo Ghitis en 1950 y de lo pagado a éste y a Alberto Ghitis por comisiones en 1951.

Las constancias sobre presentación de la demanda de instancia (f. 5) y su notificación a la parte demandada (f. 30).

El Tribunal no desconoce lo que esos documentos demuestran. Se ha visto ya que, a su juicio, la notificación en referencia se surtió cuando había expirado el término de la prescripción, contado a partir de la fecha de su primera interrupción. Con la salvedad de que tal fenómeno —el de la interrupción— lo acepta como simple hipótesis.

Entre las pruebas dejadas de apreciar señala el recurrente las cartas del 4 de junio (f. 20) y 11 de junio (f. 18), ambas de 1954, y el concepto del Inspector del Trabajo de Barranquilla.

Por medio de las comunicaciones mencionadas, "Lustgarten e Hijos" hace saber a Jacobo Ghitis que, en vista del concepto del Inspector del Trabajo, el derecho a las prestaciones sociales que reclama en la nota del 31 de mayo, está prescrito, por lo cual se abstiene de atenderlas.

Si el contrato terminó el 30 de abril de 1951, el reclamo del 31 de mayo de 1954 se presentó expirado el término de tres años que para la prescripción de los derechos reclamados fija la ley. Si ello es así, la falta de estimación de las pruebas referidas ninguna influencia pudo tener en la declaración de derecho adoptada en la sentencia impugnada.

Por todo lo expuesto, el error de hecho que se examina no resulta demostrado.

3º No está prescrito el derecho a la parte proporcional de la prima de servicios por los cuatro primeros meses de 1951, trabajados por el actor. Fue interrumpido, primero con la carta del 31 de mayo de 1954, y segundo con la notificación del libelo inicial, hecha a la sociedad demandada el 26 de abril de 1957. No dio la sentencia por demostrado tales hechos, estándolo. Es el último error que la acusación atribuye a la sentencia.

En relación con el derecho a la prestación, sostiene el recurrente que se hizo exigible el 30 de junio de 1951, empezando a correr el término de la prescripción el 1º de julio siguiente.

La cuestión jurídica que el cargo plantea se reduce a determinar cuándo se hace exigible la prima de servicios.

Observa la Sala:

Como fecha inicial de la prescripción, señala el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, la de la exigibilidad de la obligación. Consagra el texto la misma doctrina establecida en el artículo 2535 del Código Civil.

Establece la prima de servicios el artículo 306 del Código del Trabajo. La norma dispone que se pague por semestres del calendario así: la mitad de su valor el último día de junio y la otra mitad en los primeros veinte días de diciembre, "a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos con justa causa".

La adquisición del derecho está sometida a dos requisitos: a) Prestación del servicio por el trabajador durante el respectivo semestre; o trabajo realizado dentro del semestre por tiempo no

inferior al trimestre; y b) Que el trabajador no sea despedido con justa causa.

No es del caso hacer consideración alguna en relación con el motivo de terminación del contrato, pues del proceso no aparece que el trabajador hubiera sido despedido por el patrono con fundamento en causa legal.

Adquiere el trabajador el derecho a la prima del primer semestre el 30 de junio, y el correspondiente a la prima del segundo semestre, en los primeros veinte días de diciembre. Tales fechas señalan la exigibilidad de las obligaciones. Según el cargo, esas fechas fijan también la exigibilidad respecto del servicio por tiempo inferior al semestre respectivo, aunque la desvinculación se produzca antes de expirar ese lapso de tiempo.

En el caso debatido el contrato terminó el 30 de abril de 1951. Con fundamento en este hecho, considera la Sala que la fecha de exigibilidad de la obligación coincide con la de terminación del contrato. Así lo estima por estas razones:

De acuerdo con la norma legal citada, el derecho se causa por servicio prestado, es decir, durante la ejecución del contrato. Su aplicación, vigente la convención, no ofrece dificultad trátese de servicios por semestres, o dentro de cada uno de éstos por fracciones que alcancen o excedan un trimestre: en uno y otro caso la obligación se hace exigible en las fechas ya señaladas.

La cuestión de hecho varía cuando el contrato termina antes de expirar el primero o el segundo semestre. En tal evento no hay contrato en ejecución, ni, en consecuencia, prestación del servicio. Extinguida la relación de trabajo antes de expirar el primer semestre, se sabe con certeza que no llegará el 30 de junio, y concluída antes de terminar el último mes del segundo semestre, se sabe también que no advendrán los días del 1º al 20 de diciembre. Desapareciendo en uno y otro caso la hipótesis en que se funda el artículo 306, las fechas que éste indica para el pago de la prima en los dos semestres, no sirven para señalar la exigibilidad de la parte proporcional. La norma contempla efectos del contrato durante su vida, no los posteriores a su ejecución. Por tanto, la fecha en que el contrato termina marca la del pago de la prima por la parte proporcional y, de consiguiente, la de su exigibilidad, conforme a lo previsto en el artículo 488 del Código. Armoniza este criterio con el que informa el artículo 65 ibídem, pues para la sanción establecida en éste a cargo del patrono, toma como punto de partida el de la expiración del contrato si al producirse este hecho no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos. El canon legal parte de la base de que en ese momento se hacen exigibles las obligaciones que tienen su fuente en la convención laboral.

En consecuencia, si la prima por el tiempo servido en 1951 se hizo exigible el 30 de abril de ese año, según la interpretación que la Sala asigna al artículo 306 en cita, el reclamo del trabajador contenido en la nota del 31 de mayo de 1954, fue presentado vencido el término que para la prescripción del derecho señala la ley (tres años). En tal virtud, resulta inútil examinar la segunda interrupción de la prescripción, (notificación de la demanda inicial a la sociedad el 26 de abril de 1957), ya que si para la fecha en que el acto se cumplió la acción estaba prescrita, por sustracción de materia no alcanzó a interrumpir la prescripción.

De todo lo dicho se concluye que son atendibles las razones expuestas por el opositor contra la viabilidad del cargo y, en consecuencia, la Corte no lo recibe.

En vista de que la demanda de casación, ajustada a los requisitos técnicos en que se funda el recurso y sustentada con razones de indiscutible valor jurídico, le ha permitido a la Sala fijar un criterio sobre puntos de interés doctrinario, no habrá lugar a la condena en costas a cargo de la parte recurrente.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SOLIDARIDAD PATRONAL. TECNICA DE CASACION. SALARIO. INSPECCION OCULAR Y CONFESION FICTA.

1. Falta de técnica al no señalar las normas de carácter prestacional que se estiman violadas. 2. Los patronos que no persiguen fines de lucro también están sujetos al régimen de responsabilidad laboral. 3. Los artículos 143 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo regulan situaciones de hecho diferentes. No es aceptable predicar de ellas una violación simultánea. 4. La actuación regulada por el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral es propia de la instancia, no de la casación.

1. El cargo en estudio no es eficaz para quebrantar la sentencia impugnada por la razón que pasa a exponerse:

El recurrente sólo señala como infringidas dos normas del Código Sustantivo del Trabajo: los artículos 36 y 338 que no estatuyen prestaciones sociales ni indemnización de perjuicios, como claramente lo indica su contenido. Luego la acusación se ha quedado incompleta puesto que el impugnador no dice qué preceptos de carácter prestacional pudieron ser violados ni cuál el concepto de la infracción, lo que no le permite a la Sala efectuar la labor de confrontación entre la decisión recurrida y dichas disposiciones para definir así si hubo o no quebrantamiento de la ley. El cargo no puede prosperar.

2. Una de las razones que tuvo el Tribunal para no reconocer la solidaridad entre las entidades que aparecen como demandadas, expresa que lo previsto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no da base para sustentar esa solidaridad en el caso de autos, puesto que el asunto sub lite no se refiere a una sociedad comercial, ni a una empresa, sino a "una entidad de carácter neta y exclusivamente cívico, sin fines de lucro", como rezan los estatutos de la misma.

La Sala no comparte las apreciaciones del Tribunal sobre la solidaridad establecida en el artículo 36 citado. Este precepto habla en un sentido general de las sociedades de personas sin distinguir entre las de tipo civil o comercial o las simples corporaciones. Ahora bien, el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, también acusado por el recurrente y relativo al régimen jurídico de los patronos que no persiguen fines de lucro, comienza por disponer que tales patronos "quedan sujetos a las normas del presente Código". Luego a ellos se aplican las regulaciones sobre contrato de trabajo, y por tanto lo concerniente a las obligaciones que de él surgen a cargo del patrono. La diferencia radica exclusivamente en el sistema de las prestaciones sociales, pues el texto faculta al Gobierno para "efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones". De suerte, pues, que la interpretación del ad quem al exceptuar del régimen de la responsabilidad en el contrato de trabajo a los patronos que no persiguen objetivos de lucro, es errónea y, por lo mismo, tiene razón el recurrente en este aspecto de su acusación.

3. Del enunciado y desarrollo de la acusación, claramente se desprende que el ataque del recurrente se centraliza en forma principal en los artículos 143 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo. Mas, a juicio de la Sala, las dos disposiciones son de contenido diferente, ya que la primera es reguladora del principio "a trabajo igual, salario igual", y la segunda del relativo a la "falta de estipulación de salario", es decir, que el artículo 143 necesariamente hay que referirlo a factores de equivalencia o comparación (puesto, jornada y condiciones de eficiencia) entre dos o más trabajadores con base en un

determinado salario o salario conocido, que es al que aspira el trabajador que lo reclama por hallarse en igualdad de condiciones con el que devenga mejor remuneración; en cambio, el 144 regula los casos de falta de estipulación de salario, es decir, cuando éste se desconoce y, por lo mismo, para precisarlo hay que seguirse por el que "ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y la calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región". Como se ve, los preceptos mencionados son inconfundibles y de ellos no es aceptable predicar una violación simultánea por cuanto regulan situaciones de hecho diversas. De suerte, pues, que el cargo ha debido proponerse señalando una u otra norma, pero no por la infracción concomitante de las mismas.

4. No hay que perder de vista que la actuación regulada por el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral es propia de la etapa de instancia, ya que es obvio que la renuencia de la parte que debe facilitar la inspección ocular tiene que ser objeto de declaración judicial por el respectivo funcionario, así como el reconocimiento de los hechos que se consideran probados, cuando es admisible la prueba de confesión; cuando no es pertinente la declaratoria de confeso, lo que prevé la ley es una multa. Luego, es claro que el Juez debe efectuar un análisis adecuado de la situación para obrar en consecuencia. De donde resulta que mal puede la Corte entrar a reconocer, en casación, como probados, ciertos hechos que no han sido rituados conforme a la ley procesal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Néstor Herrán Medina, por conducto de apoderado, promovió demanda laboral contra la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) y Leonidas Lara e Hijos Ltda., solidariamente, para que fuesen condenadas a pagarle un mes de salario insoluto, indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato de trabajo, cesantía, prima de servicios, salarios caídos y "cualesquiera otras prestaciones sociales, indemnizaciones y demás, a que tenga derecho y que resulten probadas en el curso del juicio". Subsidiariamente, solicitó que las mismas condenas se hiciesen exclusivamente contra la Asociación Colombiana de Carreteras.

Refiere el demandante que entró a trabajar como contador de la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar), en el mes de marzo de 1955, "con sueldo mensual y con la obligación de trabajar dos horas durante el mes"; que en dicho cargo duró hasta el último de junio de 1955 pues a partir del 1º de julio siguiente entró a desempeñar las funciones de Gerente Encargado de la Asociación; que el cambio de posición se lo comunicó el Gerente de Asocar, señor Carlos A. de Narváez, por acuerdo de la Junta Directiva de dicha entidad; que el demandante ejerció sus funciones de Gerente encargado desde el 1º de julio de 1955 hasta el 2 de spetiembre del mismo año; que a mediados de agosto de 1955, cuando el actor estaba en ejercicio de dichas funciones, el Banco de Bogotá "rechazó algunos cheques girados por él de la cuenta de la Asociación alegando que el señor Rómulo Lara B. había ordenado que no se pagaran"; que esta actitud del Presidente de la Junta Directiva de Asocar causó al demandante perjuicios de diversa índole; que el 27 de agosto del citado año el demandante recibió una nota del mencionado Presidente en que se le comunicaba que la Junta Directiva había designado como nuevo Gerente de Asocar al señor Gustavo Uribe A.; que en vista de la decisión anterior, el demandante le hizo entrega de la Oficina de Asocar con toda su dotación al nuevo Gerente, el día 2 de septiembre de 1955; que Carlos A. de Narváez, como Gerente de Asocar, devengaba $ 2.500.00 mensuales, y que este es el sueldo que le corresponde al actor, de conformidad con el artículo 144 del Código Sustantivo del Trabajo; que los estatutos de Asocar "establecen la solidaridad entre ésta y los miembros o entidades y personas afiliadas a ella"; que Leonidas Lara e Hijos Ltda. "se asoció a la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar), aceptando sus estatutos y comprometiéndose solidariamente con ella".

En derecho se citaron las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo y del Código Procesal Laboral, y las disposiciones concordantes del Código Civil. La cuantía de las peticiones excede de diez mil pesos.

La Asociación, al responder la demanda, niega los hechos en que ésta se apoya y desconoce que el actor hubiese sido gerente encargado designado conforme a los estatutos puesto que tal determinación corresponde a la Junta Directiva. Propuso, además, las excepciones perentorias de falta de causa o título en el demandante, inexistencia de la obligación, pago, compensación y

cualquiera otra que resulte de los hechos oportunamente demostrados en el juicio.

Por su parte, Leonidas Lara e Hijos Ltda., al descorrer el traslado, rechaza todos los hechos de la demanda, no admite la solidaridad que alega el demandante y propone las excepciones de falta de causa o título en el demandante, inexistencia de la obligación y cualquiera otra que se probare en el juicio.

La primera instancia del sub-lite fue de conocimiento del Juzgado Segundo del Trabajo. El fallo correspondiente fue dictado el 22 de julio de 1958, mediante el cual se resolvió lo siguiente:

"Primero. Condénase a la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) a pagarle al demandante Néstor Herrán Medina las siguientes sumas de dinero: cincuenta pesos ($ 50.00) moneda corriente, como indemnización por la ruptura injusta de su contrato de trabajo; diez pesos con cuarenta y tres centavos ($ 10.43) por concepto de auxilio de cesantía y ochenta y un pesos con sesenta centavos ($ 81.60) como indemnización moratoria.

"Segundo. Del monto de las condenas anteriores deberá descontarse la suma de ciento treinta y dos pesos con setenta y ocho centavos ($ 132.78) moneda corriente, consignada por Asocar para pagarle las prestaciones sociales al demandante. En consecuencia, el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá deberá entregarle al señor Herrán Medina el título de consignación correspondiente para que reciba su valor.

"Tercero. Absuélvese a la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) de las demás súplicas que contiene la demanda.

"Cuarto. Absuélvese a la Sociedad Leonidas Lara e Hijos Ltda. de todos los cargos formulados contra ella en la demanda.

"Quinto. Sin costas".

De la sentencia anterior apelaron los apoderados de las partes. El Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, por fallo de 12 diciembre de 1958, desató la alzada, en estos términos:

"1º Revócanse los numerales 1º, 2º, 3º y 5º de la sentencia apelada y en su lugar se dispone: Condénase a Asociación Colombiana de Carreteras 'Asocar', a pagar al señor Néstor Herrán Medina, las siguientes sumas de dinero:

"a) $ 250.00, por salarios insolutos.

"b) $ 250.00 por lucro cesante.

"c) $ 114.09 por cesantía.

"d) $ 399.99 por salarios caídos.

"De las condenas anteriores deberá descontarse la suma de $ 132.78 moneda corriente, consignada por la demandada a favor del actor.

"2º Absuélvese a la Asociación Colombiana de Carreteras 'Asocar' de las demás peticiones de la demanda.

"3º Confírmase el numeral cuarto de la sentencia apelada.

"4º Condénase a la Asociación Colombiana de Carreteras 'Asocar' a pagar el 50% de las costas de primera instancia.

"5º Sin costas en esta instancia".

Ambas partes propusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. En vista de que ha sido concedido y tramitado en forma legal, corresponde decidirlo previo el estudio de las demandas de casación y escritos de oposición presentados en tiempo.

DEMANDA DEL TRABAJADOR ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se fija en esta forma:

"El objeto y alcance de la impugnación que se hace a la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— en el presente juicio, de fecha 12 de diciembre de 1958, consiste en obtener la unificación de la jurisprudencia sobre puntos laborales de gran importancia en relación con los cuales se han planteado tesis contradictorias aun por los funcionarios jurisdiccionales, el pronunciamiento de ella en otros sobre los cuales no existe, y, además, que se case la sentencia de segunda instancia despachándose favorablemente el demandante todos los pedimentos principales del libelo, o, en su lugar, todos los subsidiarios en la forma pedida, modificado en uno y otro sentido las sentencias de primera y segunda instancia al casar ésta".

PRIMER CARGO

Está enunciado en estos términos:

"Primera causal del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral: La sentencia acusada violó el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo (Dtos. 2663, 3743 de 1950 y 905 de 1951) por interpretación errónea y el artículo 338 número 1 del mismo Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa.

"Hubo interpretación errónea del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, porque, al

decir el honorable Tribunal que '... no existe la solidaridad... a virtud de lo previsto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que no se trata de una sociedad comercial, ni de una empresa sino como lo dice el artículo 1º de los estatutos (fol. 138)...' de una Entidad de 'carácter neta y exclusivamente cívico', cometió un error en la interpretación de la norma citada".

Más adelante el recurrente afirma, después de referirse a la parte resolutiva del fallo acusado:

"... Si no hubiera incurrido el honorable Tribunal en estas cuestiones, lógicamente hubiera condenado solidariamente a las dos demandadas de acuerdo con los pedimentos principales del libelo que es lo que ha debido hacer y lo cual solicito respetuosamente a la honorable Corte al casar la sentencia acusada".

Se considera.

El cargo no es eficaz para quebrantar la sentencia impugnada por las razones que pasan a exponerse:

El recurrente sólo señala como infringidas dos normas del Código Sustantivo del Trabajo: los artículos 36 y 338 que no estatuyen prestaciones sociales ni indemnización de perjuicios, como claramente lo indica su contenido. Luego la acusación se ha quedado incompleta puesto que el impugnador no dice qué preceptos de carácter prestacional pudieron ser violados ni cuál el concepto de la infracción, lo que no le permite a la Sala efectuar la labor de confrontación entre la decisión recurrida y dichas disposiciones para definir así si hubo o no quebrantamiento de la ley. Como se ve, el cargo no puede prosperar.

PRIMER CARGO SUBSIDIARIO

Dice en su encabezamiento:

"Para el caso de no prosperar el cargo anterior, y, en subsidio de él, formulo el siguiente cargo: Primera Causal del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral: La sentencia acusada violó el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo por interpretación errónea; el artículo 338 número 1 del mismo Código por infracción directa y consecuencialmente violó los artículos 27, 57-4ª, 134, 143, 144, 134, 64-2, 47, 249, 306, 64-1 y 65-1 del Código Sustantivo del Trabajo".

El recurrente repite aquí los argumentos expuestos en el cargo anterior sobre interpretación errónea del artículo 36 y violación directa del 338. Y concluye la acusación en esta forma:

"De lo anterior se desprende que, consecuencialmente por la interpretación errónea del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y, también por la infracción directa del artículo 338 número 1 del mismo Código, indicadas, la sentencia acusada violó, los artículos 27, 57 Obl. 4ª, y 134 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto dichas normas establecen la obligación de pagar el salario, en el caso presente el sueldo, al trabajador durante el tiempo que prestó sus servicios y, al denegar el pedimento primero principal, con la absolución de la demandada Leonidas Lara e Hijos Ltda., absteniéndose de condenar solidariamente a las demandadas a pagar el último mes de sueldo al demandante, que según los autos era el de $ 2.500.00 mensuales, según se desprende del dictamen, pues él prueba plenamente que el demandante ejerció durante los dos últimos meses las funciones de Gerente (10-15, 43-45), que se le pagó por el último mes dicha suma (fol. 5 c. Nº 2. Las citas anteriores son del mismo cuaderno) que se aceptó dicho pago como sueldo (Id. y 5 número 2, 22 y id) y que éste era el sueldo del Gerente anterior (Fol. id. y 9 del c. Nº 2, 166-170, 202 c. Nº 1); 143, 144 y 134, por los mismos motivos que acaban de exponerse; 64-2, y 47 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto al no accederse al segundo pedimento de la demanda, no se reconocieron los derechos contemplados en dichas disposiciones; 249 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto no se reconoció la cesantía contemplada en dicho artículo, base del tercer pedimento principal de la demanda; 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto no se reconoció el derecho a la prima de servicios a a la cual tenía acreencia el demandante y a que se refiere el cuarto pedimento principal del libelo; 64-1, por cuanto consagra el derecho a que alude el quinto pedimento principal del libelo que fue denegado; y el artículo 65-1 que consagra el derecho a que se refiere el sexto pedimento principal denegado igualmente".

Se considera.

Para la más acertada solución del cargo en examen conviene transcribir las razones que tuvo el Tribunal para no reconocer la solidaridad entre las entidades que aparecen como demandadas. Su motivación es de este tenor:

"En primer término debe estudiar el Tribunal si existe o no solidaridad para responder de lo que se demanda entre la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) y Leonidas Lara e Hijos Ltda.

"El actor ha fundado sus pretensiones en que según el artículo 11 de los Estatutos de Asocar responden solidariamente de las deudas de ésta, los socios de la misma. Pero resulta que el mencionado artículo 11 (fol. 138 y ss.) no indica la solidaridad que desde luego no se presume (ya que debe aparecer expresa en convención o pacto o fijada en la ley), sino que establece que cualquier faltante de la administración deberá ser cubierto por los socios. Solo en el momento en que se produzca el faltante la Asociación podría directamente exigir cubrirlo a sus afiliados. De modo, pues, que no existe la solidaridad por este aspecto, y menos a virtud de lo previsto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que no se trata de una sociedad comercial, ni de una empresa sino como lo dice el artículo 1º de los estatutos (fol. 138):

"Artículo 1º La Asociación Colombiana de Carreteras es una Entidad de carácter neta y exclusivamente cívico, sin fines de lucro...".

La Sala no comparte las apreciaciones del Tribunal sobre la solidaridad establecida en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto habla en un sentido general de las sociedades de personas sin distinguir entre las de tipo civil o comercial o las simples corporaciones. Ahora bien, el artículo 338, también acusado por el recurrente y relativo al régimen jurídico de los patronos que no persiguen fines de lucro, comienza por disponer que tales patronos "quedan sujetos a las normas del presente Código". Luego a ellos se aplican las regulaciones sobre contrato de trabajo, y por consiguiente lo concerniente a las obligaciones que de él surgen a cargo del patrono. La diferencia radica exclusivamente en el sistema de las prestaciones sociales, pues el texto faculta al Gobierno para "efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones". De suerte, pues, que la interpretación del *adquem* al exceptuar del régimen de la responsabilidad en el contrato de trabajo a los patronos que no persiguen objetivos de lucro, es errónea y, por lo mismo, tiene razón el recurrente en este aspecto de su acusación. Oportunamente la Sala hará el pronunciamiento de instancia. Lo referente al punto sobre salario y su cuantía se examinará en el cargo siguiente.

Por lo expuesto, el cargo prospera parcialmente.

TERCER CARGO

Se enuncia así:

"Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperen ninguno de los dos cargos anteriores, formulo el siguiente cargo: Primera causal del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral: La sentencia acusada violó los artículos 143 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo debido a los errores de hecho en la apreciación de las pruebas, de que hablaré adelante, y, consecuencialmente los artículos 27, 57 Obl. 4ª, 134, 64-2, 47, 249, 64-1 y 65-1 del Código Sustantivo del Trabajo".

El error de hecho lo hace recaer el recurrente sobre estas pruebas: el dictamen pericial, documentos, declaración del señor de Narváez y posiciones absueltas por el demandante y por el representante de Leonidas Lara e Hijos Ltda.

Al final del cargo, el recurrente hace una síntesis de los errores de hecho y sus consecuencias en esta forma:

"Si el honorable Tribunal no hubiera cometido los errores de hecho a que me he referido en este caso, hubiera aceptado que el señor Néstor Herrán Medina desempeñó las funciones de Gerente de la Asociación Colombiana de Carreteras —Asocar— durante los meses de julio y agosto de 1955, que fueron las mismas que desempeñó su antecesor, el señor Carlos A. de Narváez, en iguales condiciones de eficacia, y sin jornada obligatoria, porque los cargos de esta naturaleza no la tienen y, consecuencialmente, hubiera aceptado que el sueldo del señor Néstor Herrán Medina durante los meses de julio y agosto de 1955, era el de $ 2.500.00, que fue el que se le pagó por el primero de los meses indicados.

"Al no proceder en dicha forma, el honorable Tribunal violó el artículo 143 porque no le dio aplicación al no reconocer 'a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales' salario igual.

"El honorable Tribunal, si no hubiera incurrido en los errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos y a que me he referido, hubiera aceptado que la Asociación Colombiana de Carreteras —Asocar— acostumbró y acostumbraba pagar a la persona que desempeñara las mismas funciones que ejerció el señor Néstor Herrán Medina en los meses de julio y agosto de 1955, la suma de $ 2.500.00 mensuales, que fue la que pagó al señor Carlos A. de Narváez, Gerente anterior, hasta el último de junio de 1955, y consecuentemente que el sueldo que correspondía al señor Herrán Medina durante los meses de julio y agosto citados, era de $ 2.500 pesos mensuales.

"Al no proceder en dicha forma, el honorable Tribunal violó el artículo 144 porque no aceptó que 'cuando no se haya pactado expresamente

salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor'.

"En consecuencia, y al reconocer y liquidar las prestaciones sociales a que se refiere la sentencia y a que condenó a la Asociación, en los numerales 1º, ordinales a) a d) de la parte resolutiva de dicha sentencia (fls. 115-116 del C. Nº 2), con base en un sueldo de $ 250.00 mensuales, violó los artículos 27, 57, Obl. cuarta, 134, 44-2, 47, 249, 64-1 y 65-1 del Código Sustantivo del Trabajo porque dichas normas consagran los derechos del trabajador referentes a su salario, cesantía, lucro cesante y salarios caídos, con base en el sueldo a que realmente tenía derecho el trabajador demandante".

Se considera.

Del enunciado y desarrollo de la acusación, claramente se desprende que el ataque del recurrente se centraliza en forma principal en los artículos 143 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo. Mas, a juicio de la Sala, las dos disposiciones son de contenido diferente, ya que la primera es reguladora del principio de "a trabajo igual, salario igual", y la segunda del relativo a la "falta de estipulación de salario", es decir, que el artículo 143 necesariamente hay que referirlo a factores de equivalencia o comparación (puesto, jornada y condiciones de eficiencia) entre dos o más trabajadores con base en un determinado salario o salario conocido, que es al que aspira el trabajador que lo reclama por hallarse en igualdad de condiciones con el que devenga mejor remuneración; en cambio, el 144 regula los casos de falta de estipulación de salario, es decir, cuando éste se desconoce y, por lo mismo, para precisarlo hay que seguirse por el que "ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y la calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región". Como se ve, los preceptos mencionados son inconfundibles y de ellos no es aceptable predicar una violación simultánea por cuanto regulan situaciones de hecho diversas. De suerte, pues, que el cargo ha debido proponerse señalando una u otra norma pero no por la infracción concomitante de las mismas.

Por lo demás, los presupuestos de hecho del artículo 143, en relación con el *sub-lite*, o sea, puesto, jornada y condiciones de eficiencia merecen esta observación de la Sala: el Gerente de Asocar, señor de Narváez, desempeñaba su cargo como titular, en cambio el demandante afirma que era "gerente encargado", lo cual, en principio es una situación diferente; y en lo concerniente a los otros dos factores (jornada y condiciones de eficiencia), no obran en el expediente pruebas que los acrediten. En cuanto al artículo 144, si no se ha demostrado, como aparece en el caso de autos, la igualdad del cargo, de la jornada y de los otros elementos de comparación o equivalencia ni en defecto de éstos, "la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región", no es factible fijar un salario determinado. No existen, pues, los extremos fundamentales que permitan la aplicación de los artículos acusados.

Ahora bien: el presupuesto indispensable para que el demandante pudiese aspirar al sueldo de $ 2.500.00 era el de que realmente hubiese desempeñado el cargo de Gerente-Encargado de Asocar. Sobre el particular el dictamen pericial no sirve para comprobar tal situación porque en él más que todo de lo que se da cuenta es de los salarios devengados por Herrán Medina; y si es cierto que allí se registra el pago del mes de julio por $ 2.500.00, no debe olvidarse que esta suma se la giró directamente el propio demandante (f. 59), sin que se conozca autorización de la Junta Directiva de Asocar para dicho pago y, precisamente, cuando el Presidente de ésta se dio cuenta de tal hecho procedió a notificar al Banco respectivo de que el actor carecía de facultad estatutaria para hacerlo. La declaración de Narváez tampoco contribuye satisfactoriamente a definir la posición de Gerente-Encargado de Herrán Medina, ya que manifiesta: "... pero no me consta que hubiese sido nombrado Gerente de la Asociación ya que este nombramiento en firme se había dejado para resolver por el Presidente de la Asociación, don Rómulo Lara". Y más adelante: "Es cierto y me consta que la Junta Directiva acordó encargar al señor Herrán Medina de la oficina, pero en ningún caso con el título de Gerente-Encargado, ya que como lo dije al contestar la pregunta anterior el nombramiento de Gerente estaba sujeto a posterior aprobación del Presidente de la Asociación y de su Junta Directiva". Asimismo, de los estatutos de Asocar no se desprende que realmente el demandante hubiese ejercido el cargo de Gerente-Encargado, pues lo que en ellos consta, entre otras cosas, son las regulaciones sobre funciones y deberes de los diferentes funcionarios y organismos de la entidad.

Finalmente, el Presidente de Asocar en ningún momento ha aceptado que el actor hubiese sido Gerente-Encargado de Asocar.

De modo, pues, que de las pruebas que indica el recurrente, no se deduce que el Tribunal hubiese cometido un evidente error de hecho.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que la acusación no es eficaz para quebrantar la sentencia impugnada.

CUARTO CARGO

Reza así:

"Subsidiariamente, y para el caso de que no prospere ninguno de los cargos primero, y primero subsidiario a que se refieren los ordinales a) y b) del numeral 3º de esta demanda, formulo el siguiente cargo: Primera causal del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral: La sentencia acusada violó los artículos 27, 57-obl. 4ª, 134, 64, 47, 249, 65-1, del Código Sustantivo del Trabajo, debido a la violación en que incurrió, del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral.

"En efecto: el artículo 56 citado, del Código de Procedimiento Laboral, establece que 'Si decretada una inspección, ésta no se llevare a efecto por renuencia de la parte que deba facilitarla, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponía demostrar'.".

Y agrega:

"De lo anterior se desprende que la Asociación Colombiana de Carreteras —Asocar— por intermedio de sus representantes impidió la práctica de la prueba de inspección ocular en cuanto se refiere a los Libros de Actas, y a actas importantísimas como la de la reunión de la Junta Directiva de la Asociación, celebrada en los últimos días de junio de 1955 y a que se refirió el señor de Narváez en sus comunicaciones visibles a folios 115 y 176, que envió siendo aún Gerente de la institución y que por eso mismo constituyen confesión de parte, 104 y 103, también del cuaderno número 1, 172-173 del mismo cuaderno". "Por los hechos anotados, conforme al artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, se han debido tener como plenamente demostrados los hechos que la parte demandante pretendía acreditar con la inspección ocular en los libros de actas y, por consiguiente, en las actas respectivas, principalmente el de la designación del señor Néstor Herrán Medina como encargado de la gerencia de la Asociación, debiendo aceptarse que se sentó el acta respectiva con el consiguiente contenido, ya que la asociación demandada, que tenía que facilitar la inspección ocular con la presentación de los libros en cuestión no lo hizo, impidiendo la práctica de la diligencia sobre estos puntos, alegando la violación de sus estatutos y de las disposiciones legales pertinentes".

Se considera.

Lo primero que debe observar la Sala es que el problema que se contempla en el cargo no ha sido planteado en las instancias del juicio. La inspección ocular se practicó con la intervención de las partes y de un perito; y al rendir éste su dictamen el apoderado de la parte demandante solicitó "aclaraciones, explicaciones y adiciones", las cuales fueron hechas oportunamente por el experto. En ningún momento, con anterioridad a la acusación que se estudia, la parte promotora del juicio suscitó la cuestión que ahora trae a colación. De modo, pues, que se trata de un punto nuevo que no es admisible en casación. Este solo aspecto haría inestimable el cargo; sin embargo, la Sala desea exponer otras consideraciones que relievan lo improcedente de la acusación.

No hay que perder de vista que la actuación regulada por el artículo 56 acusado es propia de la etapa de instancia, ya que es obvio que la renuencia de la parte que debe facilitar la inspección ocular tiene que ser objeto de declaración judicial por el respectivo funcionario, así como el reconocimiento de los hechos que se consideran probados, cuando es admisible la prueba de confesión; cuando no es pertinente la declaratoria de confeso, lo que prevé la ley es una multa. Luego, es claro que el Juez debe efectuar un análisis adecuado de la situación para obrar en consecuencia. De donde resulta que mal puede la Corte entrar a reconocer, en casación, como probados, ciertos hechos que no han sido rituados conforme a la ley procesal.

Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

DEMANDA DE ASOCAR
ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que: "... se case parcialmente la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— con fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) en cuanto por ella se revoca la del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá (ordinales 1º, 2º, 3º y 5º) y se condena a la Asociación Colombiana de Carreteras 'Asocar' a pagar a favor de Néstor Herrán Medina $ 250.00 por salarios insolutos, $ 250.00 por lucro cesante, $ 144.09 por cesantía y $ 399.99 por salarios caídos, y, en su lugar, procediendo como

Tribunal de instancia, revoque el ordinal primero del fallo de primer grado, absolviendo, en consecuencia, a la precitada Asociación de todos y cada uno de los cargos de la demanda instaurada por el señor Néstor Herrán Medina".

CARGO UNICO

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral el recurrente formula un solo cargo que enuncia en estos términos:

"La sentencia acusada viola, por vía indirecta, los preceptos sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 57 (ordinal 4º), 64, 65, 132, 134, 138, 249, 253, 338 del Código Sustantivo del Trabajo y 2º del Decreto 53 de 1952, al aplicarlos indebidamente, a través de la violación de los artículos 1625, 1715, 2313, 2315 y 2318 del Código Civil al dejar de aplicarlos, por haber incurrido el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en errores de hecho de manifiesto en los autos, provenientes de la no estimación y de la apreciación equivocada de las pruebas que a continuación individualizo y comento".

Como pruebas no estimadas el impugnador relaciona el Acta de la diligencia de inspección ocular, el dictamen pericial y la declaración del señor Carlos A. de Narváez; y como mal apreciadas: las copias de las diligencias sobre la consignación de prestaciones sociales efectuadas por Asocar en favor del demandante.

Los errores de hecho en relación con las aludidas pruebas, los puntualiza el recurrente en esta forma:

"1) Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante Néstor Herrán Medina devengó un salario mensual al final de $ 250.00.

"2) Dar por demostrado, sin estarlo, que la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) adeuda al señor Herrán Medina salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones por lucro cesante y salarios caídos, no obstante que el actor se pagó por sí mismo en exceso en cheque girado en julio de 1955 por valor de $ 2.500.00 tales salarios, indemnizaciones y prestaciones.

"3) No dar por demostrado, estándolo, que Néstor Herrán Medina únicamente ocupó el cargo de contador de Asocar con remuneración mensual de $ 50.00 moneda corriente y nunca el de gerente encargado.

"4) No dar por demostrado, estándolo, que el salario de cincuenta pesos ($ 50.00) mensuales asignado al demandante no fue modificado por las partes en ninguna forma.

"5) No dar por demostrado, estándolo, que el demandante Néstor Herrán Medina se pagó por sí mismo, por adelantado y sin autorización de Asocar la cantidad de $ 2.500.00 a cuenta de salarios, en el mes de julio de 1955.

"6) No dar por demostrado, estándolo, que Néstor Herrán Medina retiró indebidamente dos mil cuatro cientos pesos ($ 2.400.00) moneda corriente a cuenta de salarios que no había devengado.

"7) No dar por demostrado, estándolo, que en la cantidad de $ 2.500.00 moneda corriente que el señor Néstor Herrán Medina se giró por sí y ante sí en el mes de julio de 1955, a cuenta de salarios, están comprendidos los cien pesos ($ 100.00) correspondientes a los sueldos de los meses de julio y agosto del año citado.

"8) No dar por demostrado, estándolo, que Néstor Herrán Medina es deudor de Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) por la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400.00) o sea lo que el demandante se pagó en exceso y sin que se hubiera causado a su favor por concepto de salarios.

"9) No dar por demostrado, estándolo, que la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) pagó la totalidad de los salarios y prestaciones sociales y en exceso al demandante, por cuanto el mismo Herrán Medina se giró en el mes de julio de 1955 un cheque por la cantidad de $ 2.500.00 por concepto de salarios que no se habían causado ni se causaron en tal cantidad.

"10) No dar por demostrado, estándolo, que la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) no ha incurrido en mora ni mala fe ya que oportunamente pagó los salarios y consignó en el Juzgado el valor de las prestaciones que creía adeudar a Herrán Medina cuando éste manifestó que no lo recibiría directamente".

Se considera.

Para la mejor comprensión del problema planteado en el cargo conviene dar a conocer las razones del *ad-quem* para haber acogido el salario de $ 250.00 mensuales. Dice él en su motivación:

"De lo expuesto se desprende que la demandada no está obligada a pagar el sueldo del mes de agosto con base en la remuneración que devengaba el Gerente y que era de $ 2.500.00 ni con la ordinaria de $ 50.00 sino con la cantidad confesada por la demandada en la consignación que aparece a fol. 118 cuaderno número 1), o sea a la

suma de $ 250.00 mensuales ya que el actor prestó servicios hasta el 1º de septiembre de 1955, como lo dice el documento del folio 118, citado''.

La consignación a que se refiere el Tribunal dice así en la copia pertinente: ''... Muy atentamente nos permitimos adjuntarle a la presente el recibo de consignación número 114513 de fecha 3 de los corrientes, del Banco de la República, en que costa que hemos depositado a órdenes de ese Juzgado la suma de $ 132.78 correspondiente a cesantía y prima de servicio del señor Néstor Herrán Medina, ex-contador de esta Asociación, según el siguiente detalle:

''Auxilio de cesantía desde marzo 2/55 a septiembre 1/55 a razón del último sueldo de $ 250.00 mensuales ..$	125.00
''Prima de servicio proporcional al tiempo de servicio del primer semestre, con base en el sueldo de $ 50.00 que tuvo en esa época	7.78
''Suman ....$	132.78

''Deseamos informar al señor Juez que el señor Herrán no se ha presentado a esta oficina con el objeto de reclamar las citadas prestaciones sociales, a pesar de habérselo solicitado en nuestra carta de fecha 1º de septiembre del presente año''.

Además, hay que tener en cuenta que la prueba en que se apoya el Tribunal fue solicitada por Asocar.

Así las cosas, ¿resultará aceptable el argumento de que el Sentenciador incurrió en un ostensible error de hecho al darle mérito al contenido de la referida consignación?

La Sala considera que no, porque no hay que olvidar que la consignación patronal contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo implica, de acuerdo con lo previsto en dicha norma, una confesión de lo que se estima deber. En tal virtud, a ese reconocimiento debe dársele el valor probatorio adecuado, a menos que se demuestre que el confesante ha incurrido en error. Pero no es ésta la hipótesis que se observa en el *sub-lite* puesto que en ningún momento Asocar ha pretendido desconocer el aludido documento. Y es natural que ante cualesquiera otras pruebas el *ad-quem* prefiriera la de confesión. No se configura, pues, el evidente error de hecho porque propugna el recurrente ni por consiguiente la infracción legal que alega. El cargo no prospera.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

En vista de que el primer cargo subsidiario de la demanda del trabajador fue acogido parcialmente por la Sala, ésta tiene como motivación de instancia las consideraciones que se hicieron al examinar dicha acusación. Es decir, que Leonidas Lara e Hijos es responsable solidariamente con Asocar de las obligaciones laborales deducidas por el *ad-quem*. Así, pues, sólo por este aspecto será modificado el fallo de segunda instancia.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa parcialmente el fallo recurrido en cuanto por el ordinal primero de su parte resolutiva se limita a condenar a la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia condena solidariamente a dicha entidad y a Leonidas Lara e Hijos a pagar las cantidades reconocidas en el referido ordinal; en consecuencia, revócase el ordinal cuarto de la misma parte resolutiva, por el cual se confirmó la absolución de primera instancia de la mencionada sociedad. No no lo casa en lo demás.

Sin costas en este recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

JURISDICCION ARBITRAL. CLAUSULA COMPROMISORIA. CARGA DE LA PRUEBA. PRUEBA TRASLADADA.

1. Condiciones para que sea aplicable el artículo 1º, inciso 1º, del Decreto 2017 de 1952. 2. El laudo arbitral no da origen al arbitraje permanente. 3. La carga de la prueba. Cómo y quién debe probar la existencia de la cláusula compromisoria. 4. Condiciones de validez de la prueba trasladada. 5. La legislación del trabajo no instituye el pacto y el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente, sino la convención colectiva. En las dos modalidades del arbitramento —transitorio y permanente— está excluído el fallo arbitral como origen de la cláusula compromisoria. Es de lógica que el arbitraje voluntario deja de serlo si puede ser impuesto mediante fallo arbitral. 6. Cuál es el objetivo del arbitraje obligatorio y cuál el del arbitraje que nace de la cláusula compromisoria. Facultades del árbitro en la decisión del conflicto colectivo.

1. Ya había dicho esta Sala de la Corte (Gaceta Judicial, XCIII, 961 a 965) que para que tenga aplicación la norma del Decreto 2017 de 1952, al tenor de lo prescrito en el inciso 1º de su artículo 1º, se requiere el lleno de estas condiciones: a) Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso, hayan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir las controversias; y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral.

La convención colectiva no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del Código del Trabajo, si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481 ibídem). Aun aceptando que el acto de la constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del Código de Procedimiento Laboral.

Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley.

2. El arbitraje permanente sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes. El Código Procesal del Trabajo no señala como fuente de la cláusula compromisoria el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual, cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas. Así lo expresó esta Sala en fallo publicado en el tomo XCIII de la Gaceta Judicial, páginas 961 a 965.

3. Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de trascendencia jurídica, y otra muy distinta su demostración. Entre la afirmación del hecho, simple manifestación de conocimiento de

quien la hace, y la prueba del mismo, no hay una relación de causalidad necesaria. Si así fuera, la afirmación del hecho y su prueba tendrían la misma significación. Es regla de derecho probatorio de universal aceptación, la de que al actor corresponde la carga de la prueba, respecto de los hechos básicos de sus pretensiones, y al demandado la de los hechos en que funde las excepciones que proponga.

En el caso debatido, la excepción de incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del litigio, propuesta por la asociación patronal al contestar la demanda inicial, le imponía la carga de demostrar que entre ella y el sindicato al cual se halla afiliado el actor, se había estipulado la cláusula compromisoria; que ésta había sido consignada por escrito, conforme a la ley, acompañando al proceso copia auténtica del correspondiente documento.

4. En un proceso tienen valor las pruebas producidas en otro, si en ambas han actuado las mismas partes y para su práctica se han observado las normas procesales correspondientes, para lo cual basta trasladar al primero la prueba recogida en el segundo.

5. El Decreto Legislativo 2017 de 1952 (artículo 1º) no establece la cláusula compromisoria, origen de la jurisdicción arbitral. La norma se limita a disponer que es de la competencia privativa de esa jurisdicción la decisión de los conflictos entre las partes, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral.

Entiende, pues, la disposición que las leyes vigentes a la época de su expedición, permiten estipular la cláusula compromisoria en convención, pacto o fallo arbitral. Ello es así, porque el adjetivo "respectiva" se usa para indicar persona o cosa antes determinada. Y ocurre que la legislación anterior al decreto referente al arbitraje voluntario (artículo 130 a 143 del C. P. L.) que sólo tiene cabida para la decisión de conflictos jurídicos, no instituye el pacto y el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente, sino únicamente la convención colectiva (artículo 139). Es más amplio el mencionado estatuto en cuanto al arbitraje transitorio u ocasional, pues permite pactar la cláusula compromisoria en el contrato individual, es sindical, la convención colectiva, y cualquier otro documento otorgado posteriormente. Pero en las dos modalidades del arbitramento en el derecho del trabajo —transitorio o permanente— está excluído el fallo arbitral como origen de la cláusula en referencia.

Es de simple lógica que si para la decisión de conflictos jurídicos el arbitraje es voluntario, deja de serlo si a las partes se lo puede imponer un laudo arbitral. Reafirma, pues, la Sala el concepto que sobre el punto expuso en la sentencia de 28 de octubre de 1960 (XCIII, 961 ss.) y las posteriores a esa fecha que la han reiterado.

6. El argumento del recurrente de que si el árbitro carece de facultad para establecer organismos arbitrales lleva a la consecuencia de que carece también de ella para decretar aumentos de salario, porque para tal fin se requiere la voluntad contractual, carece de consistencia. Lo mismo puede afirmarse del que se aduce en el sentido de que el arbitraje obligatorio tiene su fuente en la ley y no en el consentimiento de las partes.

No son valederos tales argumentos, porque el arbitraje obligatorio, en los casos de la ley está instituído para la decisión de conflictos colectivos de trabajo, esto es, de intereses simples, y el arbitraje que nace de la cláusula compromisoria define conflictos jurídicos individuales y no colectivos.

El fallo arbitral, decisorio del conflicto colectivo, tiene el alcance de convención colectiva "en cuanto a las condiciones de trabajo" (artículo 461 del C. S. T.). Objeto de la convención es fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (artículo 467 del ibídem). El salario es condición fundamental entre las condiciones de la relación laboral, y como el fallo arbitral citado desempeña el mismo oficio de la convención colectiva, entra en sus facultades los aumentos de la asignación a los trabajadores sin que ello implique quebranto del precepto legal, según el cual el salario, en cada contrato de trabajo, debe ser convenido por el patrono y el trabajador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, once de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Diógenes Urquijo demandó, por medio de apoderado, a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), entidad con personería jurídica y sede en Barranquilla, representada por su director, para que, previos los trámites del juicio

ordinario laboral, se la condene por sentencia a pagarle: vacaciones, remuneración por trabajo en domingos y festivos, el aumento del jornal o el salario como sanción por no haberle sido cubierto el subsidio familiar, o, "supletoriamente", esta prestación, desde que fue establecida por la ley, en la cuantía que se demuestre en el juicio.

Refiere la demanda, presentada al Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío el 28 de noviembre de 1958, que Diógenes Urquijo, afiliado al "Sindicato de Braceros Portuarios", le presta servicios personales a la "Asociación de Navieros", desde el año de 1954, de manera continua; que ha trabajado en domingos y festivos sin recibir descanso compensatorio; que no ha disfrutado de vacaciones ni le ha sido pagado el subsidio familiar a pesar de los reclamos formulados a la empresa.

Como fundamentos de derecho cita el actor los artículos 22, 23 y concordantes del Código del Trabajo.

El apoderado de la Asociación de Navieros, en la respuesta a la demanda, negó los hechos en que se funda, oponiéndose a que se hagan las condenas que solicita. Propuso varias excepciones, entre otras, la de incompetencia de jurisdicción, aduciendo en su apoyo el Decreto 2017 de 1952.

El Juzgado del conocimiento desató la litis por sentencia del 28 de septiembre de 1960. Condena en ella a la Asociación de Navieros a pagar al actor cuarenta y cinco días hábiles y consecutivos de vacaciones, remuneradas con el salario que tenga al empezar a disfrutarlas, correspondientes a los años de 1956 a 1958, y la absuelve de los demás cargos.

Apeló la parte demandada. Decidió la relación de segundo grado la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha 9 de noviembre de 1960, por la cual confirma la de primera instancia, adicionándola con la declaración de que está prescrita la acción en cuanto a las vacaciones causadas por el año de 1955.

La misma parte interpuso el recurso de casación con fundamento en el Decreto 2017 de 1952. Concedido el recurso, fueron remitidos los autos a esta Superioridad. Preparado aquí debidamente, la Sala lo decide a continuación.

El recurso.

El alegato que lo sustenta señala como alcance de la impugnación la nulidad de lo actuado en el juicio por incompetencia de jurisdicción. Por tanto, la Corte debe casar la sentencia de segundo grado haciendo tal declaración, para que del proceso conozca el Juez Arbitral.

Invoca el motivo especial de casación establecido en el Decreto legislativo número 2017 de 1952, parágrafo de su artículo 1º.

Para demostrarlo arguye el recurrente:

En oportunidad (f. 40) propuso el apoderado de Adenavi la excepción de incompetencia o declinatoria de jurisdicción, por estimar que tanto la entidad demandada como los sindicatos de braceros de Puerto Berrío estaban sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del río Magdalena.

La Asociación de Navieros sostiene que el laudo arbitral dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento constituído para definir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el sindicato de braceros (Sindebra) y el de braceros y lancheros (Simbralán) de Puerto Berrío, por una parte, y la Asociación Nacional de Navieros, por la otra, de fecha 5 de diciembre de 1953, dejó claramente establecido que la competencia para dirimir las controversias entre dichos sindicatos y la nombrada asociación correspondía a la Comisión ya mencionada y no a la justicia del trabajo.

Los trabajadores portuarios expresaron el deseo de reemplazar el sistema vigente para resolver sus conflictos, por otro, según el cual aquéllos debía definirlos una Junta de Relaciones, y para el caso de que la Junta no lograra su solución, debía decidirlos en segunda instancia el Inspector del Trabajo de Puerto Berrío y el Juzgado de la rama de la misma ciudad, de acuerdo con las súplicas contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego de peticiones.

El laudo de 1953 negó las peticiones consignadas en las referidas cláusulas, pero su rechazo obedeció a que ya existía un organismo arbitral creado por los interesados para la decisión de sus conflictos jurídicos. "Esto se encuentra debidamente acreditado con la copia del fallo arbitral del 5 de diciembre de 1953, que obra en autos, y con la cual se demuestra de manera completa la existencia de una jurisdicción especial del río Magdalena, a la cual están sometidos los braceros y empresas navieras e intermediarias, prueba con la cual ha debido declararse incompetente la jurisdicción del trabajo común y suficiente para demostrar la excepción de incompetencia o de declinatoria de jurisdicción oportunamente alegada".

Consideraciones de la Corte:

1. El rechazo por los falladores de instancia de la excepción sobre incompetencia de jurisdic-

ción propuesta por la entidad demandada y la afirmación de que el conocimiento del litigio corresponde a la justicia del trabajo, se funda en la consideración de que al juicio no se aportó la prueba de que las partes hubieran deferido a un Juez Arbitral creado por ellas, el conocimiento de los conflictos jurídicos derivados de sus relaciones laborales; que esa prueba, ausente del proceso, según el Decreto 2017 de 1952, es la siguiente: la convención, el pacto o el fallo arbitral. "En el evento a estudio —dice la sentencia acusada— y más concretamente, en los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, no se ha anejado la prueba que indique que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias. Como del mandato legal transcrito, y por sí solo, no surge esa competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido en forma alguna el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

2. Sostiene el recurrente que el laudo del 5 de diciembre de 1953, copia del cual obra en el juicio, acredita la existencia de un organismo arbitral entre las partes, denominado Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena.

En caso igual al presente (juicio de Luis A. Hidalgo contra la Asociación Nacional de Navieros), esta Sala de la Corte, en sentencia del 28 de octubre de 1960 (G. J., t. XCIII. ps. 961 a 965) hizo el estudio detenido de la cuestión jurídica que plantea el recurrente. De esa providencia son los apartes que a continuación se transcriben:

"Para que tenga aplicación la norma del decreto se requiere, al tenor de lo prescrito en el inciso 1º de su artículo 1º, el lleno de estas condiciones: a) Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso, hayan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir sus controversias; y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral.

"Ahora bien: el laudo arbitral de 1953, que en copia obra en el juicio, no reconoció la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena como jurisdicción especial para dirimir conflictos jurídicos entre las partes, como lo asevera el recurrente. Basta transcribir las cláusulas del pliego de peticiones a que alude el impugnador y lo que sobre ellas decidió el fallo arbitral, para poner de manifiesto la inexactitud de la afirmación".

La cláusula vigésima, que el fallo transcribe, solicita la creación de una Junta de Relaciones, integrada por representantes de las partes, con la función de armonizar las relaciones entre ellas y la de vigilar que las empresas navieras cumplan sus deberes dentro de las normas preestablecidas.

Continúa la sentencia: "Y estatuye la cláusula vigésima-primera: 'Las diferencias que nazcan de la ejecución del presente contrato sindical, serán conocidas por el señor Inspector del Trabajo, Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, cuando la Junta de Relaciones se vea en imposibilidad de solucionarlas. En los dos primeros casos será llamado el Administrador de Adenavi'.

"En el estudio de las dos peticiones dijo el laudo en la parte motiva:

" 'Cláusula vigésima: Tampoco se acepta, porque hoy existe la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, para estos casos, que es de origen legal. Tampoco puede el Tribunal obligar a que el Inspector del Trabajo haga parte de la Comisión propuesta para dirimir lo que a ella incumba resolver.

" 'Cláusula vigésima-primera. También es preciso rechazarla, por cuanto se relaciona con una materia de jurisdicción especial en que sólo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla. En este caso se estará a lo que determine la ley por razón de la vecindad de las partes, naturaleza del negocio, etc., y el Tribunal nada debe decidir'.

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual, cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente

a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del Código del Trabajo, si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (art. 481 ibídem). Aun aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del Código de Procedimiento Laboral. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazado por prueba distinta de la prescrita por la ley".

3. A las consideraciones anteriores se agregan las siguientes:

Entiende el recurrente que la simple afirmación del laudo arbitral relativa a la existencia de la Comisión de Arbitraje del Río Magdalena, demuestra el hecho. Para la Sala no es aceptable el argumento: una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de trascendencia jurídica, y otra muy distinta su demostración. Entre la afirmación del hecho, simple manifestación de conocimiento de quien la hace, y la prueba del mismo, no hay una relación de causalidad necesaria. Si así fuera, la afirmación del hecho y su prueba tendrían la misma significación. Es regla de derecho probatorio, de universal aceptación, la de que al actor corresponde la carga de la prueba, respecto de los hechos básicos de sus pretensiones, y al demandado la de los hechos en que funde las excepciones que proponga.

En el caso debatido, la excepción de incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del litigio, propuesta por la Asociación de Navieros al contestar la demanda inicial, le imponía la carga de demostrar que entre ella y el sindicato al cual se halla afiliado el actor, se había estipulado la cláusula compromisoria; que ésta había sido consignada por escrito, conforme a la ley, acompañando al proceso copia auténtica del correspondiente documento. Esa prueba —como lo anota el fallador— no figura en autos. En el supuesto de que para el Tribunal que profirió el laudo de 1953, hubiera sido un hecho cierto la existencia de la Comisión Arbitral del Río Magdalena, no lo fue para los Jueces de la justicia del Trabajo.

En un proceso tienen valor las pruebas producidas en otro, si en ambos han actuado las mismas partes y para su práctica se han observado las normas procesales correspondientes, para lo cual basta trasladar al primero la prueba recogida en el segundo. No fue esto lo que ocurrió en el caso de autos, pues al presente juicio no se trasladó del proceso arbitral el acto creador de la Comisión del Río Magdalena, entre otras razones, por la fundamental de que en él no se adujo la prueba de ese acto, ni había razón alguna para presentarla, pues nada tenía que decidir el Tribunal de Arbitramento sobre existencia o inexistencia de la referida Comisión, ni eran conflictos jurídicos de naturaleza individual, sino económicos o de intereses simples, los sometidos a su consideración. A este Tribunal le propuso el pliego de peticiones (cláusula vigésima-primera) el establecimiento de una justicia arbitral, súplica que decidió negativamente.

El recurrente, en apoyo del cargo, hace además estas consideraciones:

Al resolver casos semejantes ha sostenido la Corte que el arbitraje solo puede ser obra de la voluntad contractual y no materia de decisión de un tribunal arbitral, concepto que estima equivocado, aduciendo para confutarlo estas razones: el Decreto 2017 de 1952, según el cual, "pueden organizarse (lo dá a suponer) tribunales de conciliación y arbitraje", creados por convención, pacto o fallo arbitral. Del precepto del decreto deduce que el arbitraje sí puede tener por causa jurídica un fallo arbitral.

Dice también el impugnador que cuando el arbitraje es obligatorio, por mandato de la ley, queda descartado el acuerdo de las partes. En tal caso el árbitro, al resolver el conflicto, tiene facultad para decidir en justicia y equidad, pudiendo prescindir de normas legales que requieren la voluntad contractual. Si el laudo según la Corte, no puede establecer una jurisdicción arbitral, para lo cual se requiere el acuerdo de los contratantes, para ser consecuente con esa doctrina deberá también decir en el futuro que el aumento del salario decretado por fallo arbitral es inaceptable, porque conforme a la ley

debe ser estipulado por el patrono y el trabajador.

La Corte considera:

El razonamiento del recurrente sobre conceptos jurídicos de la Corte, transcritos en la sentencia de que antes se hizo mención, es extraño al hecho en que se funda el motivo de casación que alega. Consiste ese hecho en demostrar que la justicia del trabajo no es competente para decidir una litis determinada debido a que las partes la habían excluído de su conocimiento en virtud de la cláusula compromsioria consignada por escrito en la forma prevista en la ley.

La Corporación se limitó a formular una simple observación sobre el contenido del artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, al margen de la cuestión debatida, fijando el sentido de las normas legales, contenidas en el Código Procesal del Trabajo, reguladores del arbitraje transitorio o permanente. En el supuesto de que lo dicho al respecto sea equivocado, como lo sostiene el impugnador, ninguna incidencia tendría en la decisión de derecho contenida en la sentencia recurrida.

Con todo, como el recurrente le da a los conceptos de la Corte sentido distinto del que ofrecen, para evitar erradas interpretaciones, la Sala examina la argumentación que aquél aduce para el debido esclarecimiento de la cuestión a que se refiere.

El Decreto legislativo 2017 de 1952 (art. 1º) no establece la cláusula compromisoria, origen de la jurisdicción arbitral. La norma se limita a disponer que es de la competencia privativa de esa jurisdicción la decisión de los conflictos entre las partes, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral.

Entiende, pues, la disposición que las leyes vigentes a la época de su expedición, permiten estipular la cláusula compromisoria en convención, pacto o fallo arbitral. Ello es así, porque el adjetivo *"respectiva"* se usa para indicar persona o cosa antes determinada. Y ocurre que la legislación anterior al decreto referente al arbitraje voluntario (arts. 130 a 143 del CPL.) que sólo tiene cabida para la decisión de conflictos jurídicos, no incluye el pacto y el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente, sino únicamente la convención colectiva (art. 139). Es más amplio el mencionado estatuto en cuanto al arbitraje transitorio u ocasional, pues permite pactar la cláusula compromisoria en el contrato individual, el sindical, la convención colectiva, y cualquier otro documento otorgado posteriormente. Pero en las dos modalidades del arbitramento en el derecho del trabajo —transitorio o permanente— está excluído el fallo arbitral como origen de la cláusula en referencia.

Es de simple lógica que si para la decisión de conflictos jurídicos el arbitraje es voluntario, deja de serlo si a las partes se lo puede imponer un laudo arbitral. Reafirma, pues, la Sala el concepto que sobre el punto expuso en la sentencia del 28 de octubre de 1960 y las posteriores a esa fecha que la han reiterado.

El argumento de que si el árbitro carece de facultad para establecer organismos arbitrales lleva a la consecuencia de que ella carece también para decretar aumentos de salario, porque para tal fin se requiere la voluntad contractual, carece de consistencia, e igualmente el que se aduce en el sentido de que el arbitraje obligatorio tiene su fuente en la ley y no en el consentimiento de las partes.

No son valederos tales argumentos, porque el arbitraje obligatorio, en los casos de la ley, está instituído para la decisión de conflictos colectivos de trabajo, esto es, de intereses simples y el arbitraje que nace de la cláusula compromisoria define conflictos jurídicos individuales y no colectivos.

El fallo arbitral, decisorio del conflicto colectivo, tiene el alcance de convención colectiva "en cuanto a las condiciones de trabajo" (art. 461 del CST.). Objeto de la convención es fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (art. 467 ibídem). El salario es cuestión fundamental entre las condiciones de la relación laboral, y como el fallo arbitral citado desempeña el mismo oficio de la convención colectiva, entra en sus facultades los aumentos de la asignación a los trabajadores sin que ello implique quebranto del precepto legal, según el cual el salario, en cada contrato de trabajo, debe ser convenido por el patrono y el trabajador.

Por las razones expuestas, no se recibe el cargo.

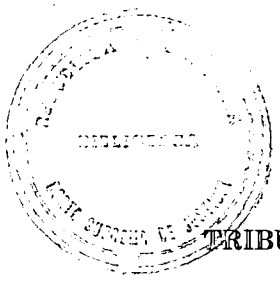
En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



TRIBUNALES DE CONCILIACION Y ARBITRAJE.

Condiciones para que sea aplicable el artículo 1º, inciso 1º, del Decreto 2017 de 1952 sobre competencia privativa de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje. Prueba requerida para establecer la existencia de la cláusula compromisoria. Carga de la prueba. El laudo arbitral no está recibido por la legislación laboral como origen del arbitraje permanente. Es de simple lógica que el arbitraje deja de ser voluntario si le puede ser impuesto a las partes mediante fallo arbitral.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., trece de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Mauro Buriticá promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), entidad con personería jurídica y sede en Barranquilla, para que por sentencia se la condene a pagarle: vacaciones, remuneración por trabajo en domingos y festivos, el aumento del jornal o el salario como sanción por no haberle sido cubierto el subsidio familiar, o, "supletoriamente" esta prestación, desde que fue establecida por la ley y en la cuantía que se demuestre en el juicio.

Refiere la demanda, presentada al Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío el 28 de noviembre de 1958, suscrita por el actor y coadyuvada por su apoderado, que Buriticá, afiliado al "Sindicato de Braceros Portuarios" le presta servicios personales a la Asociación de Navieros desde el año de 1957, de manera continua; que ha trabajado en domingos y festivos sin recibir descanso compensatorio; que no ha disfrutado de vacaciones ni le ha sido pagado el subsidio familiar a pesar de los reclamos formulados a la Empresa.

Como fundamentos de derecho cita el libelo los artículos 22, 23 y concordantes del Código del Trabajo.

El apoderado de la Asociación de Navieros, en la respuesta a la demanda, negó los hechos en que se funda, oponiéndose a que se hagan las condenas que solicita. Propuso varias excepciones, entre otras, la de incompetencia de jurisdicción, aduciendo en su apoyo el Decreto 2017 de 1952.

El Juzgado del conocimiento decidió la litis por sentencia del 22 de noviembre de 1960. Condena en ella a la Asociación de Navieros a pagar al demandante la suma de $ 168.75 por vacaciones correspondientes al año de 1958, y la absuelve de los demás cargos.

Apeló la parte demandada. El recurso fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia de fecha 25 de enero de 1961, por la cual confirma la de primer grado.

La misma parte interpuso el recurso de casación con fundamento en la causal establecida en el Decreto 2017 de 1952. Otorgado el recurso, fueron remitidos los autos a esta Superioridad. Preparado aquí debidamente, la Sala lo decide a continuación.

EL RECURSO

El alegato que lo sustenta señala como alcance de la impugnación la nulidad de lo actuado en el juicio por incompetencia de jurisdicción. Por tanto, la Corte debe casar la sentencia de segundo grado haciendo tal declaración, para que del proceso conozca el Juez Arbitral.

Invoca el motivo especial de casación establecido en el Decreto legislativo número 2017 de 1952, parágrafo de su artículo 1º.

Para demostrarlo arguye el recurrente:

En oportunidad (f. 35) propuso el apoderado de Adenavi la excepción de incompetencia o declinatoria de jurisdicción, por estimar que tanto la entidad demandada como los sindicatos de braceros de Puerto Berrío estaban sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena.

La Asociación de Navieros sostiene que el laudo arbitral dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento constituído para definir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el sindicato de braceros (Sindebra) y el de braceros y lancheros (Simbralán) de Puerto Berrío, por una parte, y la Asociación Nacional de Navieros, por la otra, de fecha 5 de diciembre de 1953, dejó claramente establecido que la competencia para dirimir las controversias entre dichos sindicatos y la nombrada asociación correspondía a la Comisión ya mencionada y no a la justicia del trabajo.

Los trabajadores portuarios expresaron el deseo de reemplazar el sistema vigente para resolver sus conflictos, por otro, según el cual aquéllos debía definirlos una Junta de Relaciones, y para el caso de que la Junta no lograra su solución, debía decidirlos en segunda instancia el Inspector del Trabajo de Puerto Berrío y el Juzgado de la rama de la misma ciudad, de acuerdo con las súplicas contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego de peticiones.

El laudo de 1953 negó las peticiones consignadas en las referidas cláusulas, pero su rechazo obedeció a que ya existía un organismo arbitral creado por los interesados para la decisión de sus conflictos jurídicos. "Esto se encuentra debidamente acreditado con la copia del fallo arbitral del 5 de diciembre de 1953, que obra en autos, y con la cual se demuestra de manera completa la existencia de una jurisdicción especial del Río Magdalena, a la cual están sometidos los braseros y empresas navieras e intermediarias, prueba con la cual ha debido declararse incompetente la jurisdicción del trabajo común y suficiente para demostrar la excepción de incompetencia o de declinatoria de jurisdicción oportunamente alegada".

Consideraciones de la Corte:

En sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho, en las decisiones de instancia y en casación, el presente juicio es igual al seguido contra la Asociación de Navieros por Diógenes Urquijo.

En vista de la igualdad de situaciones en los dos procesos, para el rechazo de la demanda de casación en el primero, basta transcribir lo dicho por la Sala al estudiar dicha pieza en el segundo, en sentencia de fecha 11 de octubre en curso:

"1. El rechazo por los falladores de instancia de la excepción sobre incompetencia de jurisdicción propuesta por la entidad demandada y la afirmación de que el conocimiento del litigio corresponde a la justicia del trabajo, se funda en la consideración de que al juicio no se aportó la prueba de que las partes hubieran deferido a un Juez Arbitral creado por ellas, el conocimiento de los conflictos jurídicos derivados de sus relaciones laborales; que esa prueba, ausente del proceso, según el Decreto 2017 de 1952, es la siguiente: la convención, el pacto o el fallo arbitral. "En el evento a estudio, como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo. Y como del mandato legal transcrito, en sí mismo considerado, no surge la elegada competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido, para el caso, en forma alguna, el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948".

"2. Sostiene el recurrente que el laudo del 5 de diciembre de 1953, copia del cual obra en el juicio, acredita la existencia de un organismo arbitral entre las partes, denominado Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena.

"En caso igual al presente (juicio de Luis A. Hidalgo contra la Asociación Nacional de Navieros), esta Sala de la Corte, en sentencia del 28 de octubre de 1960 (G. J., t. XCIII, págs. 961 a 965) hizo el estudio detenido de la cuestión jurídica que plantea el recurrente. De esa providencia son los apartes que a continuación se transcriben:

"Para que tenga aplicación la norma del decreto se requiere, al tenor de lo prescrito en el inciso 1º de su artículo 1º, el lleno de estas condiciones: a) Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso, hayan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir sus controversias; y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral.

"Ahora bien: el laudo arbitral de 1953, que en copia obra en el juicio, no reconoció la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del

río Magdalena como jurisdicción especial para dirimir conflictos jurídicos entre las partes, como lo asevera el recurrente. Basta transcribir las cláusulas del pliego de peticiones a que alude el impugnador y lo que sobre ellas decidió el fallo arbitral, para poner de manifiesto la inexactitud de la afirmación''.

''La cláusula vigésima, que el fallo transcribe, solicita la creación de una Junta de Relaciones, integrada por representantes de las partes, con la función de armonizar las relaciones entre ellas y la de vigilar que las empresas navieras cumplan sus deberes dentro de las normas preestablecidas.

''Continúa la sentencia: 'Y estatuye la cláusula vigésima-primera: 'Las diferencias que nazcan de la ejecución del presente contrato sindical, serán conocidas por el señor Inspector del Trabajo, Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, cuando la Junta de Relaciones se vea en imposibilidad de solucionarlas. En los dos primeros casos será llamado el Administrador de Adenavi'.

''En el estudio de las dos peticiones dijo el laudo en la parte motiva:

'' 'Cláusula vigésima: Tampoco se acepta, porque hoy existe la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, para estos casos, que es de origen legal. Tampoco puede el Tribunal obligar a que el Inspector del Trabajo haga parte de la Comisión propuesta para dirimir lo que a ella incumba resolver.

'' 'Cláusula vigésima-primera. También es preciso rechazarla, por cuanto se relaciona con una materia de jurisdicción especial en que sólo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla. En este caso se estará a lo que determine la ley por razón de la vecindad de las partes, naturaleza del negocio, etc., y el Tribunal nada debe decidir'.

''El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual, cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

''Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo —como lo sostiene el recurrente— que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del Código del Trabajo, si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (art. 481 ibídem). Aun aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del Código de Procedimiento Laboral. Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazado por prueba distinta de la prescrita por la ley.

''3. A las consideraciones anteriores se agregan las siguientes:

''Entiende el recurrente que la simple afirmación del laudo arbitral relativa a la existencia de la Comisión de Arbitraje del Río Magdalena, demuestra el hecho. Para la Sala no es aceptable el argumento: una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de trascendencia jurídica, y otra muy distinta su demostración. Entre la afirmación del hecho, simple manifestación de conocimiento de quien la hace, y la prueba del mismo, no hay una relación de causalidad necesaria. Si así fuera, la afirmación del hecho y su prueba tendrían la misma significación. Es regla de derecho probatorio, de universal aceptación, la de que al actor corresponde la carga de la prueba, respecto de los hechos básicos de sus pretensiones,

y al demandado la de los hechos en que funde las excepciones que proponga.

"En el caso debatido, la excepción de incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del litigio, propuesta por la Asociación de Navieros al contestar la demanda inicial, le imponía la carga de demostrar que entre ella y el sindicato al cual se halla afiliado el actor, se había estipulado la cláusula compromisoria; que ésta había sido consignada por escrito, conforme a la ley, acompañando al proceso copia auténtica del correspondiente documento. Esa prueba —como lo anota el fallador— no figura en autos. En el supuesto de que para el Tribunal que profirió el laudo de 1953, hubiera sido un hecho cierto la existencia de la Comisión Arbitral del Río Magdalena, no lo fue para los Jueces de la justicia del Trabajo.

"En un proceso tienen valor las pruebas producidas en otro, si en ambos han actuado las mismas partes y para su práctica se han observado las normas procesales correspondientes, para lo cual basta trasladar al primero la prueba recogida en el segundo. No fue esto lo que ocurrió en el caso de autos, pues al presente juicio no se trasladó del proceso arbitral el acto creador de la Comisión del Río Magdalena, entre otras razones, por la fundamental de que en él no se adujo la prueba de ese acto, ni había razón alguna para presentarla, pues nada tenía que decidir el Tribunal de Arbitramento sobre existencia o inexistencia de la referida Comisión, ni eran conflictos jurídicos de naturaleza individual, sino económicos o de intereses simples, los sometidos a su consideración. A este Tribunal le propuso el pliego de peticiones (cláusula vigésima-primera) el establecimiento de una justicia arbitral, súplica que decidió negativamente.

"El recurrente, en apoyo del cargo, hace además estas consideraciones:

"Al resolver casos semejantes ha sostenido la Corte que el arbitraje sólo puede ser obra de la voluntad contractual y no materia de decisión de un tribunal arbitral, concepto que estima equivocado, aduciendo para confutarlo estas razones: el Decreto 2017 de 1952, según el cual, 'pueden organizarse (lo da a supeoner) tribunales de conciliación o arbitraje', creados por convención, pacto o fallo arbitral. Del precepto del decreto deduce que el arbitraje sí puede tener por causa jurídica un fallo arbitral.

"Dice también el impugnador que cuando el arbitraje es obligatorio, por mandato de la ley, queda descartado el acuerdo de las partes. En tal caso el árbitro, al resolver el conflicto, tiene facultad para decidir en justicia y equidad, pudiendo prescindir de normas legales que requieren la voluntad contractual. Si el laudo, según la Corte, no puede establecer una jurisdicción arbitral, para lo cual se requiere el acuerdo de los contratantes, para ser consecuente con esa doctrina deberá también decir en el futuro que el aumento del salario decretado por fallo arbitral es inaceptable, porque conforme a la ley debe ser estipulado por el patrono y el trabajador.

"La Corte considera:

"El razonamiento del recurrente sobre conceptos jurídicos de la Corte, transcritos en la sentencia de que antes se hizo mención, es extraño al hecho en que se funda el motivo de casación que alega. Consiste ese hecho en demostrar que la justicia del trabajo no es competente para decidir una litis determinada debido a que las partes la habían excluído de su conocimiento en virtud de la cláusula compromisoria consignada por escrito en la forma prevista en la ley.

"La Corporación se limitó a formular una simple observación sobre el contenido del artículo 1º del Decreto 2017 de 1952, al margen de la cuestión debatida, fijando el sentido de las normas legales, contenidas en el Código Procesal del Trabajo, reguladoras del arbitraje transitorio o permanente. En el supuesto de que lo dicho al respecto sea equivocado, como lo sostiene el impugnador, ninguna incidencia tendría en la decisión de derecho contenida en la sentencia recurrida".

Refuta la Sala los argumentos del recurrente en el fallo de fecha 11 del corriente antes citado, y a las consideraciones allí expuestas se remite.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION POR RAZON DE LA CUANTIA.

Determinación pericial de la misma. Cuantía exigida para la viabilidad del recurso en juicios sobre mejoras en predios rurales.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., noviembre trece de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

La Sala va a decidir el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de Deogracias Rojas contra el auto del Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, que le negó el de casación, dentro del juicio por mejoras en predio rústico promovido por Manuel Carvajal.

Para resolver se considera:

De las copias allegadas para la tramitación del recurso consta lo siguiente:

El Tribunal, en vista de las dudas que existían en relación con la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, ya que, de un lado, ella no se fijó en el libelo inicial, tal vez por haber iniciado el juicio el dueño del predio y no el mejorista; y por otro, la disparidad entre el monto de las condenas de los fallos de primera y segunda instancias, resolvió hacer uso de la facultad consagrada en el artículo 92 del Código de Procedimiento Laboral y ordenó que la cuantía fuese determinada pericialmente. Así se hizo y el perito designado para tal efecto dictaminó en el sentido de señalar una cuantía por debajo de los diez mil pesos ($ 10.000.00), es decir, una estimación que no alcanza al límite indicado que es el mínimo que exige la ley para darle acogida al recurso de casación, según lo preceptúa el artículo 24 del Decreto número 0291 de 1957 para juicios sobre mejoras en predios rurales. El apoderado de Rojas solicitó ampliación del referido experticio y en su oportunidad el perito atendió tal petición sin que, al resolverla, se obtuviera la cifra necesaria para la concesión del recurso.

En atención a que el antedicho dictamen quedó en firme el Tribunal con base en el mismo no concedió el recurso extraordinario.

Como se ve, la decisión del Tribunal tiene un inobjetable fundamento, ya que obró conforme a lo establecido en el artículo 92 del Código de Procedimiento Laboral, pues realmente existía motivo de duda para la estimación de la cuantía. Además, el experticio fue ampliado a petición del apoderado de Rojas y quedó ejecutoriado en legal forma sin más reparos de éste.

Por las razones expuestas, la Sala considera bien denegado el recurso de casación en el asunto *sub-lite*.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior de Medellín para que conste en autos y archívense las presentes diligencias.

Notifíquese, cópiese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE HOMOLOGACION.

Ante qué juez y en qué oportunidad procesal ha de interponerse el recurso.

El Decreto Legislativo número 893 de 1953 (art. 5º) otorga el recurso de homologación contra el laudo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, en los términos del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral.

Todo medio de impugnación se propone ante el Juez que pronuncia la decisión reclamada, según reglas procesales bien conocidas.

En el caso que se examina, el recurso de homologación fue interpuesto ante la Inspección de Asuntos Campesinos de Armenia y no, como debió serlo, ante la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio. De acuerdo con doctrina de la Corporación, esta Sala de la Corte no adquiere jurisdicción para decidir recursos de la clase expresada, sino previo otorgamiento del mismo por el respectivo Tribunal de Arbitramento. Según se dejó anotado, el recurso se hizo valer ante una autoridad sin competencia para otorgar o denegar el recurso, por una parte, y por la otra, cuando se ejercitó la actividad procesal, el laudo estaba en firme.

Conclusión de lo expuesto es la de que, careciendo la Sala de jurisdicción para entender en el recurso de que se ha hecho mérito, y faltándole igualmente competencia, por sustracción de materia nada tiene que decidir.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., noviembre veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

El reclamo de mejoras en predio rural, iniciado por Rosaura Varón contra la sucesión de Félix Valencia, fue decidido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio. Para la notificación del laudo fue comisionada la Inspección de Asuntos Campesinos de Armenia, acto cumplido personalmente en relación con ambas partes.

Ante el funcionario delegado para la referida actuación, interpuso el apoderado de la parte demandada el recurso de homologación, que le fue denegado por haberse propuesto después de haberse vencido el término de ejecutoria del fallo arbitral, ordenando la providencia respectiva el archivo del expediente, y así se procedió. Lo expuesto tiene la debida comprobación en el expediente (fols. 69 a 72).

La Sección de Asuntos Agrarios del Ministerio del Trabajo remitió los autos a esta Sala para que resuelva "lo que crea de su competencia".

Para resolver se considera:

El Decreto legislativo número 0893 de 1953 (art. 5º) otorga el recurso de homologación contra el laudo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, en los términos del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral.

Todo medio de impugnación se propone ante el Juez que pronuncia la decisión reclamada, según reglas procesales bien conocidas.

En el caso que se examina, el recurso de homologación fue interpuesto ante la Inspección de Asuntos Campesinos de Armenia y no, como debió hacerse, ante la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio. De acuerdo con doctrina de la Corporación, esta Sala no adquiere jurisdicción para decidir recursos de la clase expresada, sino previo otorgamiento del mismo por el respectivo Tribunal de Arbitramento. Según se dejó anotado, el recurso se hizo valer ante una autoridad sin competencia para otorgar o denegar el re-

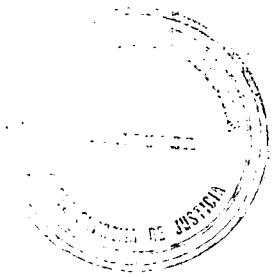
curso, por una parte, y por la otra, cuando se ejercitó la actividad procesal, el laudo estaba en firme.

Conclusión de lo expuesto es la de que, careciendo la Sala de jurisdicción para entender en el recurso de que se ha hecho mérito, y faltándole igualmente competencia, por sustracción de materia nada tiene que decidir, y así lo resuelve.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



NULIDADES PROCESALES Y CASACION. PRUEBAS EN MATERIA LABORAL. ACCIDENTE DE TRABAJO.

1. La actividad de la autoridad judicial in procedendo no influye en la casación laboral. 2. Sistema de apreciación de pruebas en el proceso laboral. 3. Crítica del testimonio por el juez del trabajo. 4. Presupuestos del accidente de trabajo y de las acciones consiguientes. El accidente de trabajo como suceso repentino e imprevisto. Exoneración de responsabilidad patronal por culpa de la víctima. Prueba de la relación de causalidad entre el accidente y los efectos que se le atribuyen.

1. Entiende el recurrente que los testimonios recibidos defectuosamente entrañan una declaración tácita de nulidad, sin que para tal fin se hubiera observado el artículo 455 del Código Judicial. A lo cual observa la Sala: en el proceso no hay declaraciones tácitas de nulidad, para lo cual se requiere, en todo caso, decreto judicial. Cuando ocurren vicios de forma en la actuación capaces de comprometer la legalidad del juicio, procede la declaración de nulidad, siempre que el defecto haya sido erigido por la ley en motivo que dé lugar a un pronunciamiento en tal sentido, lo cual puede hacer el Juez de oficio, o por denuncio de la parte a quien se concede derecho para pedirlo. Las causales que afectan la validez del proceso civil las establece el artículo 448 del Código Judicial, aplicable al laboral, y según la jurisprudencia son taxativas. Por otra parte, no se trata de que la sentencia acusada haya apreciado declaraciones recibidas irregularmente, extremo en que quizá podría caber censura contra ella, a vista de lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral, sino de la situación contraria, esto es, la de su desestimación por no haberse dado cumplimiento a la citada norma, conducta ajustada a lo que ella establece y a los poderes de dirección del proceso que al Juez concede el artículo 48 ibídem. A lo expuesto se debe agregar lo siguiente: la actividad de la autoridad judicial in procedendo no influye en casación laboral, pues el control que ésta ejerce se limita a la ley sustantiva. Basta esta sola consideración para estimar fuera de lugar toda la exposición del recurrente sobre la cuestión procesal de que se hace mérito.

2. En el proceso del trabajo el Juez aprecia las pruebas con libertad, sin otro límite que el emanado de las reglas de la sana crítica, los cuales debe observar, y el que le está impuesto cuando para la prueba del acto jurídico la ley ha establecido una solemnidad esencial para su validez (artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral). Por esta razón, no son atendibles los argumentos sobre el valor de la prueba testimonial en el proceso civil, de que trata el artículo 697 del Código Judicial, de aplicación al proceso laboral según el recurrente.

3. En atención a que las respuestas de los testigos se limitan a repetir el contenido de las preguntas, la sentencia acusada estimó que por esa falla carecían de mérito suficiente para ver en ellas la prueba sobre el accidente de trabajo, hecho básico de las acciones deducidas en el juicio. Si se hace la comparación entre las preguntas del interrogatorio formulado a los dos testigos de que se trata y la respuesta dada por cada uno de ellos, se llega a la conclusión de que fue acertado el juicio del fallador.

Ahora bien: no es mecánico el juicio del fallador en el examen de la prueba testimonial. Debe cerciorarse de que el testigo dice la verdad sobre los hechos que refiere, investigando, en primer término, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y muchas otras, entre las cuales merecen mención especial las establecidas por el artículo 688 del Código Judicial, que el Juez laboral puede tener en cuenta por cuanto recogen reglas de experiencia de aceptación general en doctrina y recibidas en varios estatutos fo-

ráneos de derecho probatorio. Dice el precepto que el Juez "debe tomar especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, en lo posible, haciendo todas las advertencias conducentes a poner en claro la confianza que merezca el testigo, y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma, o de que tiene noticia". El inciso 3º de la norma exige que el testigo explique cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos.

En el caso concreto, ninguna intervención tuvo el Juez comisionado para la recepción de las declaraciones en el examen de los testigos. Se limitó a formular las preguntas del interrogatorio y del contrainterrogatorio y a copiar las respuestas. Carecen ellas de las debidas explicaciones de las cuales pudiera deducirse la veracidad de sus asertos.

Cree el recurrente que si el testimonio no es responsivo merece fe, porque no hay ley que faculte al Juez para anularlo o declararlo inadmisible. La libertad de apreciación probatoria infirma el argumento, porque al respecto el legislador no vincula los poderes de aquél. Su actividad en la materia no es reglada, como conviene al principio de la persuasión racional.

4. Son presupuestos del accidente de trabajo e igualmente de las acciones que de él se derivan en favor del accidentado, según el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo: 1) Un suceso imprevisto y repentino; 2) Que el suceso sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo; 3) Que el mismo le produzca al trabajador una lesión orgánica o una perturbación funcional permanente o pasajera; y 4) Que el suceso no haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima.

En el caso de autos se señala como suceso imprevisto y repentino el siguiente: el esfuerzo realizado por el actor recién operado de cataratas en el ojo derecho, al levantar una canasta de cerveza en el bar del comisariato de la empresa bajo su dirección.

Ahora bien: para un operado de cataratas no podía ser un hecho imprevisto el desprendimiento de la retina a causa de un esfuerzo más o menos intenso. Si en tales condiciones lo realizó debiendo evitarlo, no se trataría de hecho imprevisto, sino de una imprudencia de su parte.

El recurrente alega que la empresa es responsable de lo que él denomina accidente de trabajo y está obligada a indemnizar los perjuicios que reclama el actor, porque por orden suya reanudó labores a raíz de la operación, esto es, en el período de convalecencia. Demostrado el hecho, la imprudencia del empleado no tendría el efecto de exonerar al patrono de responsabilidad, pero aquél no resulta acreditado en el proceso con la prueba testimonial, como lo afirma el impugnador.

Como se deduce de los presupuestos de la acción de perjuicios por accidente de trabajo, debe existir conexión entre el suceso que lo ocasiona y sus consecuencias dañosas para el trabajador. Dando por sentado que ocurrió el accidente, faltaría demostrar la causalidad entre aquél y la lesión o daño consecuencial. Sobre el punto dicen los testigos que del desprendimiento de la retina les dio informe el trabajador. Aparte de que las declaraciones versan sobre palabras y no sobre hechos, el testimonio no es prueba eficaz, pues se trata de apreciación sobre cuestiones técnicas, para las cuales no es apta la prueba testimonial, sino la de peritos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Fideligno Vargas Martínez, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad denominada "Fábrica de Cementos Samper", para que por sentencia se la condene al pago de $ 26.335.89, o la suma mayor o menor que se demuestre en el juicio. Proviene la deuda de estas causas: indemnización por accidente de trabajo, multa por retardo en la atención médica, indemnización moratoria por falta de pago y la total y ordinaria por culpa. Pide también la condena en costas.

Los hechos fundamentales de la demanda, en resumen, son estos:

Fideligno Vargas presta servicios a la "Fábrica de Cementos Samper", desde el 18 de diciembre de 1950, en el Municipio de La Calera, Corregimiento de Siberia. El 7 de junio de 1952 fue operado de cataratas por cuenta de la Empresa en su clínica de Siberia, no habiendo sido acertada la intervención quirúrgica en concepto del doctor Víctor Borrero Falla, médico de aquélla. Por orden de este facultativo el actor reanudó labores el 14 de julio de 1952. En esta fecha, al alzar una canasta de cerveza, sufrió un accidente de trabajo, perdiendo el ojo derecho recién operado, de lo cual dio cuenta el día del suceso al doctor Jiménez, médico de la clínica. En la fe-

cha anotada el doctor Jiménez le dio a Vargas una boleta para que fuera atendido en Bogotá por el especialista doctor Archila, advirtiéndole que debía presentarse a su consultorio el 22 del mes y año dichos, esto es, ocho días después del accidente. Examinado el paciente por el doctor Archila, éste le dijo que el caso era perdido por no haberse presentado oportunamente, pues había sufrido desprendimiento de la retina. Cuando el demandante ingresó a la Empresa su sanidad era perfecta y tenía 30 años de edad. El sueldo que devengaba en la fecha del accidente, en promedio, era la suma de $ 160.00 mensuales. La Empresa le ha negado al trabajador los derechos reclamados con motivo del accidente.

Como fundamentos de derecho cita el libelo el artículo 204 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y el 2341 y pertinentes del Código Civil.

En la respuesta a la demanda, el apoderado de la sociedad acepta el contrato y negó la existencia del accidente de trabajo. No son ciertos o no le constan los demás hechos. Explica éstos diciendo que Vargas fue operado de cataratas el 17 de junio de 1952 por el médico de la Empresa, con resultados aparentemente satisfactorios, reanudando labores el 9 de julio siguiente. El 2 de septiembre del año expresado se quejó nuevamente de molestias en el ojo operado y fue enviado al especialista para examen, conceptuando éste que había sufrido un desprendimiento de la retina, cuyo tratamiento era someterlo a nueva operación, de resultados inciertos, por lo cual se prescindió de ella. En octubre, después del examen médico, Vargas ha pretendido sostener que el desprendimiento de la retina se debió al levantamiento de una canasta de cerveza, sin haber suministrado prueba alguna al respecto. El hecho fue consecuencia de la enfermedad común de cataratas, ajeno a sus actividades laborales.

La relación de primer grado terminó por sentencia de fecha 30 de junio de 1958, proferida por el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá. La decisión absuelve a la Fábrica de Cementos Samper de todos los cargos y le impone las costas al actor.

Ninguna de las partes interpuso el recurso de apelación contra el proveído del *a-quo*, pero como fue adverso al trabajador se envió en consulta a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Resolvió éste la controversia en segunda instancia por sentencia de fecha 23 de julio de 1958, la cual confirmó el fallo de primer grado sin costas.

Contra la providencia del Tribunal interpuso la parte demandante el recurso de casación, que le fue denegado. En tal virtud ésta hizo valer el recurso de hecho ante esta Sala de la Corte. Como consecuencia de su prosperidad, se le remitió el expediente para los fines de la casación. Admitido aquí el recurso y debidamente preparado, la Sala lo decide a continuación.

EL RECURSO

Pide, al fijar el alcance de la impugnación, que se case la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, se condene a la sociedad demandada de acuerdo con las peticiones de la demanda de instancia.

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos.

Primer cargo.

Violación de los artículos 199, 204 a 207, 209, 211, 215, 216, 217 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de errores evidentes de hecho por mala apreciación de unas pruebas.

Afirma el recurrente que la sentencia incurrió en errores de hecho al considerar no probado, estándolo: a) El accidente de trabajo sufrido por el demandante; b) La culpa del patrono en su ocurrencia; y c) La falta de asistencia médica oportuna.

El aparte del cargo que lleva por título *"pruebas no apreciadas"*, las relaciona en tres numerales. Sin embargo, sólo el numeral 1º cita como prueba no estimada la declaración del testigo Emiliano Chivita. Los otros dos hablan de pruebas mal apreciadas, y señala como tales los testimonios de Demetrio Escobar y Hernando Torres.

Transcribe el cargo el contenido de las declaraciones, en lo pertinente, y a continuación dice que fueron desechadas porque no se recibieron en audiencia pública; que se debe estimar ilegal el auto del Juzgado *a-quo* por el cual ordenó nueva recepción de los testimonios y apreciarlos, pues arrojan mucha luz sobre el modo, tiempo y lugar del accidente; que como fueron anulados tácitamente, sin sujeción a los trámites previstos en el artículo 455 del Código Judicial, conservan todo su valor.

La acusación por los errores de hecho ya mencionados se formula, en concreto, por errónea apreciación de las declaraciones de Escobar y Torres, pero para el caso de que la Corte resuelva tomar en cuenta las que rindieron por segunda vez únicamente. Sobre esa base, dice el recurrente en desarrollo del cargo, el Tribunal estimó con desacierto: a) La declaración del testigo

Hernando Torres (f. 188); y b) La del testigo Demetrio Escobar (f. 190). Transcribe lo que dicen los declarantes sobre el hecho determinante del accidente de trabajo, y luego en un aparte bajo el epígrafe *"tarifa legal de pruebas"*, hace referencia a una decisión del Tribunal Supremo, de diciembre de 1948, según la cual la libertad de estimación probatoria de que goza el juzgador no va hasta desconocer hechos resultantes de las pruebas, pues equivaldría a autorizar la arbitrariedad judicial. Dice en seguida que como en materia laboral son admisibles todos los medios probatorios, lo que es prueba en materia civil tiene el mismo valor en el proceso laboral; que a los dos testigos se les obligó a declarar dos veces; que el interrogatorio a que fueron sometidos no fue tachado por la contraparte. Cita el artículo 688 del Código Judicial y con base en él afirma que si el testimonio no es responsivo, el funcionario que lo recibe puede rechazar las preguntas, facultad de que goza también la contraparte. "Pero, sigue diciendo el impugnador, en parte alguna ningún código de procedimiento o sustantivo ha declarado la nulidad ni la inadmisibilidad de la respuesta que no sea responsiva". Agrega que el abogado de la contraparte repreguntó hasta el abuso, llenándose así el requisito exigido por el artículo 688 citado, por lo que, si de acuerdo con el artículo 697 ibídem los dos testimonios forman plena prueba en materia civil, con mayor razón ofrecen el mismo valor en materia laboral.

Afirma el cargo que las declaraciones citadas acreditan el accidente de trabajo y, además, la culpa de la Empresa en su ocurrencia "por haber puesto a trabajar a un operado en convalecencia y más que todo porque el mal se agravó por falta de oportuno tratamiento".

Comenta el recurrente la definición que de accidente de trabajo trae el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo, da a conocer lo que sobre el particular expone el tratadista Ernesto Krotoschin, y agrega: "Luego es aberrante que estando establecido con los testimonios desechados que por lo menos el accidente ocurrió con ocasión del trabajo, el sentenciador sólo acepte que puede haber accidente por causa del trabajo".

Al contestar el cargo dice el apoderado de la parte opositora que las declaraciones de Escobar y Torres no merecen fe, porque los testigos se limitan a reproducir el contenido de las preguntas que les fueron formuladas, motivo suficiente para el rechazo, como lo sostiene el Tribunal. Expresa además: ha sostenido la "Fábrica de Cementos Samper", como lo acredita la historia clínica del actor (fs. 80 a 93) lo siguiente: que Vargas, después de la operación de cataratas, reanudó labores el 9 de julio de 1952 y sólo volvió a solicitar los servicios médicos de la Empresa el 2 de septiembre de ese año, por lo cual no es cierto —como lo afirman los testigos— que sufrió el desprendimiento de la retina el 14 de julio del mismo año, y que en ese día acudió al médico de la sociedad demandada. Afirma que antes de averiguar si el accidente sobrevino por causa o con ocasión del trabajo, debe demostrarse la realidad del hecho, no acreditado en autos; que el dictamen médico del folio 92 patentiza que el accidente no ocurrió.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 65, 199, 205, 206, 207, 209, 211, 215, 216 y 217 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de evidente error de hecho por mala apreciación de pruebas.

Consiste el error en haber considerado la sentencia que "el actor no había sufrido un accidente, por causa o con ocasión del trabajo, que le causó la pérdida de la visión del ojo derecho".

Motivó el error la mala apreciación de los dictámenes médicos corrientes a folios 99, 106 y 120.

En desarrollo del cargo transcribe el recurrente apartes de los conceptos médicos, y luego expone:

Demostrado el accidente de trabajo con la prueba testimonial, queda pendiente determinar su secuela, o sea la disminución de la capacidad laboral y es esto lo que hace el último de los dictámenes. El nexo de causalidad entre el esfuerzo realizado por el actor y el accidente, aparece probado con la pericia médica.

Prosigue la acusación:

De los tres dictámenes de la medicina industrial, sólo es aceptable el último (f. 120), que fija en el 55% la disminución de la capacidad laboral del actor. No son atendibles los dos que le anteceden en cuanto señalan a tal disminución un porcentaje inferior al indicado (25%), porque el artículo 215 del Código Sustantivo del Trabajo, dice claramente que la existencia de una enfermedad patológica anterior no es causa para la disminución de la prestación. Por tanto, los dos primeros conceptos médicos, al proceder contra el sentido de la citada norma, invadieron un campo jurídico que les está vedado, de la competencia del Juez únicamente.

No siempre el desprendimiento de la retina ocasiona la pérdida de la visión, pues puede no ocurrir si al paciente se le prescribe reposo abso-

luto, y está demostrado en el juicio que así no sucedió, pues siguió laborando por mandato de la empresa. En consecuencia, debe darse aplicación a los artículos 207-2º y 216 del Código Sustantivo del Trabajo y condenarla también al pago de los salarios caídos, por su manifiesta mala fe, pues a pesar de los reclamos del trabajador y "de la invitación a conciliar, etc., resolvió por sí ante y sí no indemnizar porque tiene abogados y muchos millones". Agrega el cargo que el accidente tuvo por causa la culpa de la empresa y la funda en el hecho de que aquélla puso a trabajar al demandante no obstante hallarse enfermo y en período de convalecencia, sin prestarle atención médica después del accidente; que, en último caso, la sociedad ha debido ser condenada al pago del accidente de trabajo puro y simple, esto es, a una indemnización equivalente a doce meses de salario, al de la multa por falta de atención médica y a la indemnización moratoria, declaraciones que la sentencia habría tenido que hacer sin el error de hecho en que incurrió.

Dice la parte opositora en la réplica al cargo: los dictámenes médicos fijan la cuantía de la indemnización en el supuesto de que la lesión de que se queja el actor hubiera sido producida por un accidente de trabajo, pero determinar si éste tuvo o no ocurrencia es cuestión que compete a la justicia y no a los peritos. Pretender que hubo culpa de la Empresa por causa de un accidente que no acaeció, o culpa de la misma por la demora en proporcionarle al actor una asistencia médica que no solicitó sino el 2 de septiembre de 1952, es grave falta de lógica. La atención médica que aquél necesitó se la prestó la Empresa, según lo demuestran los documentos de folios 80 a 93.

Se estudian los cargos.

La Sala los examina en conjunto porque se refieren al mismo tema (existencia de un accidente de trabajo) y ambos aducen idéntico motivo de casación: violación indirecta de la ley por errores de hecho provenientes de equivocada estimación de unas pruebas.

La sentencia recurrida estudia la cuestión debatida en el juicio en estos términos:

"En el caso *sub-judice* se trata de determinar si el demandante sufrió o no un accidente de trabajo para que puedan desprenderse de él las prestaciones e indemnizaciones impetradas en la demanda.

"Al folio 99 del expediente aparece el concepto del doctor Alvaro Medina, médico subdirector del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, en el que se expresa lo siguiente:

" 'Se presentó el accidente del desprendimiento de la retina, según parece consecutivo al esfuerzo producido al levantar una canasta de cerveza, quedando así perdida la visión por el ojo derecho'.

"De tal concepto no puede concluírse que el desprendimiento de la retina tuviera como causa el hecho de haber levantado el trabajador Vargas Martínez una canasta de cerveza dentro de sus labores habituales en el bar de propiedad de la sociedad demandada, situado en La Siberia, Municipio de La Calera. La relación de causa a efecto, indispensable para la determinación del accidente en los términos previstos en el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo es dudosa para el perito médico, toda vez que emplea la expresión 'según parece' como consecuencia del esfuerzo realizado por el actor.

"Por otra parte, los testimonios de Hernando Torres y Demetrio Escobar, visible a los folios 188 a 190 del expediente, no tienen la fuerza de convicción necesaria para el fallador por cuanto las respuestas que ellos dan estaban insinuadas en el texto mismo de las preguntas del respectivo interrogatorio, circunstancia ésta que les resta todo valor".

Consideraciones de la Corte:

No incurre la sentencia en error de hecho por haber desestimado la declaración del testigo Emiliano Chivita (fs. 153 a 155). No la tuvo en cuenta el Juzgado *a-quo* ni el Tribunal, porque el testimonio no fue rendido en audiencia pública, como lo exige el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral. Para subsanar el defecto, el Juzgado del conocimiento ordenó al funcionario comisionado para su recepción (f. 139) la repetición del acto, sin que el mandato hubiera tenido cumplimiento, seguramente por falta de impulso procesal de la parte interesada en la administración de la prueba. Así las cosas, la conducta del *ad-quem* no ofrece reparos, pues las pruebas no pueden estimarse sin el lleno de las formalidades prescritas por la ley para su producción.

Con relación a las declaraciones de los testigos Hernando Torres y Demetrio Escobar, recibidas también por comisión, el delegado incurrió en la misma informalidad anotada y, además, en la de no haber autorizado con su firma la correspondiente actuación. Respecto de ellas ésta sí fue repuesta, pues el Juez comisionado las recibió nuevamente con el lleno de las formalidades antes pretermitidas. Se debe anotar que las pri-

meras declaraciones de los nombrados testigos (fs. 167 y 168, 172 y 174) son, en esencia, iguales a las rendidas por segunda vez (fs. 188 a 190).

Estima el recurrente que las primeras declaraciones conservan su validez y eran estimables. Sobre esta base acusa error de hecho por su mala apreciación. Observa la Sala al respecto: es obvio que si el Tribunal guardó silencio sobre los testimonios defectuosos, queda sin base la afirmación de que incurrió en error de hecho por haberlos estimado con desacierto. Por lo demás, habiéndose producido nuevamente las declaraciones, no se ve qué importancia pueda tener la apreciación de las primeras, siendo éstas en el fondo iguales a las segundas.

Entiende el recurrente que los testimonios recibidos defectuosamente entrañan una declaración tácita de nulidad, sin que para tal fin se hubiera observado el artículo 455 del Código Judicial. A lo cual observa la Sala: en el proceso no hay declaraciones tácitas de nulidad, para lo cual se requiere, en todo caso, decreto judicial. Cuando ocurren vicios de forma en la actuación capaces de comprometer la legalidad del juicio, procede la declaración de nulidad, siempre que el defecto haya sido erigido por la ley en motivo que dé lugar a un pronunciamiento en tal sentido, lo cual puede hacer el Juez de oficio, o por denuncio de la parte a quien se concede derecho para pedirlo. Las causales que afectan la validez del proceso civil las establece el artículo 448 del Código Judicial, aplicable al laboral, y según la jurisprudencia son taxativas. Por otra parte, no se trata de que la sentencia haya apreciado declaraciones recibidas irregularmente extremo en que quizá podría caber censura contra ella, a vista de lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral, sino de la situación contraria, esto es, la de su desestimación por no haberse dado cumplimiento a la citada norma, conducta ajustada a lo que ella establece y a los poderes de dirección del proceso que al Juez concede el artículo 48 ibídem. A lo expuesto se debe agregar lo siguiente: la actividad de la autoridad judicial *in procedendo* no influye en casación laboral, pues el control que ésta ejerce se limita a la ley sustantiva. Basta esta sola consideración para estimar fuera de lugar toda la exposición del recurrente sobre la cuestión procesal de que se hace mérito.

Con relación al cargo en el fondo, la Sala observa:

1. En el proceso del trabajo el Juez aprecia las pruebas con libertad, sin otro límite que el emanado de las reglas de la sana crítica, los cuales debe observar, y el que le está impuesto cuando para la prueba del acto jurídico la ley ha establecido una solemnidad esencial para su validez (art. 61 del CPL.). Por esta razón, no son atendibles los argumentos sobre el valor de la prueba testimonial en el proceso civil, de que trata el artículo 697 del Código Judicial, de aplicación al proceso laboral según el recurrente. Conviene observar también que sus alegaciones con base en normas del citado estatuto son más propias de las instancias que de la casación.

2. En atención a que las respuestas de los testigos se limitan a repetir el contenido de las preguntas, la sentencia estimó que por esa falla carecían de mérito suficiente para ver en ellas la prueba sobre el accidente de trabajo, hecho básico de las acciones deducidas en el juicio. Si se hace la comparación entre las preguntas del interrogatorio formulado a los testigos Torres y Escobar y la respuesta dada por cada uno de ellos, se llega a la conclusión de que fue acertado el juicio del fallador. El cuadro de las preguntas (fs. 161 y 162) es igual para los dos testigos.

Dice la pregunta 2ª:

"¿Si es o no cierto que el día 14 de julio de 1952, o sea el día en que Fideligno Vargas reanudó tareas en el bar del comisariato de la Fábrica de Cementos Samper después de que fue sometido a una intervención quirúrgica de cataratas, el testigo estaba presente en dicho bar?"

Contestó el declarante Hernando Torres (f. 188):

"Es cierto que el día catorce de julio de mil novecientos cincuenta y dos, o sea el día en que Fideligno Vargas reanudó tareas en el bar del comisariato de la Fábrica de Cementos Samper, después de que fue sometido a una operación de cataratas yo estaba presente en dicho bar".

Como se ve, es perfecta la conformidad entre la pregunta y la respuesta.

No hace falta transcribir el resto del interrogatorio y su respuesta: con ligeras variaciones de forma es igual al de la transcripción precedente.

Menos conformidad se anota entre el interrogatorio y la respuesta del testigo Escobar, pero en el fondo exhibe la misma falla que ofrece la anotada al testigo anterior.

Ahora bien: no es mecánico el juicio del fallador en el examen de la prueba testimonial. Debe cerciorarse de que el testigo dice la verdad sobre los hechos que refiere, investigando, en primer término, las circunstancia de modo, tiempo y lugar, y muchas otras, entre las cuales merecen mención especial las establecidas por el artículo 688, inciso segundo del Código Judicial, que el

Juez laboral puede tener en cuenta por cuanto recogen reglas de experiencias de aceptación general en doctrina y recibidas en varios estatutos foráneos de derecho probatorio. Dice el precepto que el Juez "debe tomar especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, en lo posible, haciendo todas las advertencias conducentes a poner en claro la confianza que merezca el testigo, y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma, o de que tiene noticia". El inciso tercero de la norma exige que el testigo explique cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos.

Ninguna intervención tuvo el Juez comisionado para la recepción de las declaraciones en el examen de los testigos. Se limitó a formular las preguntas del interrogatorio y del contrainterrogatorio y a copiar las respuestas. Carecen ellas de las debidas explicaciones de las cuales pudiera deducirse la veracidad de sus asertos.

Cree el recurrente que si el testimonio no es responsivo merece fe, porque no hay ley que faculte al Juez para anularlo o declararlo inadmisible. La libertad de apreciación probatoria infirma el argumento, porque al respecto el legislador no vincula los poderes de aquél. Su actividad en la materia no es reglada, como conviene al principio de la persuasión racional.

3. Suponiendo equivocado el concepto del Tribunal, no por ello habría lugar a la quiebra de la sentencia, por las siguientes consideraciones:

a) Son presupuestos del accidente de trabajo e igualmente de las acciones que de él se derivan en favor del accidentado, según el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo: 1) Un suceso imprevisto y repentino; 2) Que el suceso sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo; 3) Que el mismo le produzca al trabajador una lesión orgánica o una perturbación funcional permanente o pasajera; y 4) Que el suceso no haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima.

b) En el caso de autos se señala como suceso imprevisto y repentino el siguiente: el esfuerzo realizado por el actor recién operado de cataratas en el ojo derecho, al levantar una canasta de cerveza en el bar del comisariato de la empresa bajo su dirección.

Los testigos Escobar y Torres afirman que presenciaron la acción de que se trata. De sus consecuencias (pérdida de la visión en el ojo operado por desprendimiento de la retina) tuvieron noticia por informe del paciente.

Ahora bien: para un operado de cataratas no podía ser un hecho imprevisto el desprendimiento de la retina a causa de un esfuerzo más o menos intenso. Si en tales condiciones lo realizó debiendo evitarlo, no se trataría de hecho imprevisto, sino de una imprudencia de su parte.

El recurrente alega que la empresa es responsable de lo que él denomina accidente de trabajo y está obligada a indemnizar los perjuicios que reclama el actor, porque por orden suya reanudó labores a raíz de la operación, esto es, en el período de convalecencia. Demostrado el hecho, la imprudencia del empleado no tendría el efecto de exonerar al patrono de responsabilidad, pero aquél no resulta acreditado en el proceso con la prueba testimonial, como lo afirma el impugnador.

Sobre el punto la Sala debe anotar: la respuesta a la demanda admite estos hechos: que Vargas fue operado de cataratas el 17 de junio de 1952, por cuenta de la empresa; y que reanudó labores el 9 de julio siguiente. La historia clínica del empleado (f. 86) acredita que salió del hospital el día 7 de este último mes. Abonan esas pruebas la afirmación del recurrente, pero la Sala no puede tomarlas en consideración, porque respecto de ellas el cargo guarda silencio.

4. Como se deduce de los presupuestos de la acción de perjuicios por accidente de trabajo, debe existir conexión entre el suceso que lo ocasiona y sus consecuencias dañosas para el trabajador.

Dando por sentado que ocurrió el accidente, faltaría demostrar la relación de causalidad entre aquél y la lesión o daño consecuencial.

Sobre el punto dicen los testigos que del desprendimiento de la retina les dio informe el trabajador. Aparte de que las declaraciones versan sobre palabras y no sobre hechos, el testimonio no es prueba eficaz, pues se trata de apreciación sobre cuestiones técnicas, para las cuales no es apta la prueba testimonial, sino la de peritos.

Con referencia a la pérdida de la visión en el ojo operado, la pericia médica obrante en autos (f. 99) dice que de la historia clínica del trabajador y de los antecedentes del proceso, se deducen las consecuencias que anota, de las cuales se destacan: que fue operado de cataratas y ofrecía el 9 de julio de 1952 en el ojo derecho una visión de cinco décimas, pero el 14 o 15, se presentó el accidente, según parece consecutivo al esfuerzo que hizo al levantar una canasta de cerveza, quedando así perdida la visión.

La Sala debe observar que el dictamen se produjo el 23 de junio de 1955 y las declaraciones de los testigos Torres y Escobar fueron rendidas el 1º de octubre de 1956. No disponía pues el experto al emitir su concepto de la prueba sobre el hecho productor del accidente, de manera que su ocurrencia para él es una simple suposición. Pero prescindiendo de la observación, la historia clínica, base fundamental del dictamen, no ha sido materia de ataque por el recurrente, como se dejó anotado.

5. No sobra observar que si por las razones que el Tribunal expone no era del caso negarle valor a la prueba testimonial, la historia clínica del actor, allegada al juicio por petición suya, registra el hecho de que solo aparece acudiendo al servicio médico del patrono, no el 14 de julio de 1952, fecha del accidente, como lo afirman los testigos con base en informaciones de aquél, sino en septiembre del mismo año (f. 92). La oposición entre la prueba testimonial y la documental debilita el mérito de aquélla. Por tanto, aunque con motivación distinta, habría tenido que llegar la Sala a la misma conclusión del sentenciador, razón suficiente para mantener la sentencia recurrida.

6. En cuanto a la prueba pericial, que el impugnador considera mal apreciada por el Tribunal, no es del caso examinar los ataques del recurrente por consideraciones de simple lógica. En efecto, si del proceso no resulta acreditado el accidente de trabajo, la pericia médica (fs. 99, 106 y 120) en cuanto fija la disminución de la capacidad laboral del actor, no hay para qué tomarla en cuenta. Tal efecto es consecuencia del accidente, luego si éste no tiene la debida comprobación, el concepto médico, por sustracción de materia, carece de toda operancia.

Consecuencia de las consideraciones que preceden es la de que ninguno de los dos cargos resulta fundado, y, por tanto, la Sala los desecha.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PREAVISO Y DESPIDO ILEGAL DEL TRABAJADOR.

1. El preaviso de 45 días sólo lo prevé la ley para el caso de que se haya pactado la cláusula de reserva. La ley no contempla como causal justificativa de la terminación del contrato de trabajo la supresión del cargo ejercido por el trabajador. 2. El preaviso es el medio o vehículo de terminación del contrato de trabajo pero no la razón de ésta.

1. Bien sabido es que el preaviso de 45 días sólo lo prevé la ley para el caso de que se haya pactado la cláusula de reserva. Esta no es la situación en el caso sub lite por cuanto los autos no acreditan que existiera esa estipulación. Luego no cabe la menor duda de que el preaviso dado por la entidad recurrente no tiene apoyo legal y, además, la nota de despido obrante en el proceso, es claramente ilegal porque en ella costa que la razón del despido fue la de "... haber resuelto la Junta Directiva de esta Compañía suprimir el cargo de Cajero General que usted venía desempeñando". La ley no contempla como causal justificativa de la terminación del contrato de trabajo la alegada por la sociedad demandada, esto es, la supresión del cargo ejercido por el trabajador demandante.

Como es fácil apreciar, pues, la determinación de la demandada no sólo es ilegal por el aspecto del preaviso de 45 días sino, además, porque la causa real y evidente del despido (supresión del cargo) no respalda legalmente la decisión tomada por la empresa.

2. Son instituciones completamente distintas e inconfundibles el preaviso y las causas de terminación del contrato de trabajo. El primero es el medio o vehículo para su terminación pero no la razón de ésta. De suerte que no estando pactada la cláusula de reserva, el patrono, al tenor del artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene obligación de explicar los motivos que lo impulsan a prescindir de los servicios del trabajador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diciembre dos de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, por medio de apoderado, Alberto Rentería Mallarino promovió juicio ordinario laboral de mayor cuantía para que previos los trámites de rigor fuese condenada la Empresa "Compañía del Funicular a Monserrate S. A." a pagarle diversas sumas por los siguientes conceptos: Cesantía, prima semestral o de servicios, plazo presuntivo, salarios insolutos, descansos no compensados, días de descanso obligatorios, de subsidio hasta el día en que se decreten las indemnizaciones, salarios caídos, costas y demás derechos que se probarán en el juicio.

El libelo inicial relata los siguientes hechos:

"1º El señor Alberto Rentería Mallarino prestó servicios personales en el cargo de cajero general de la sociedad denominada "La Compañía del Funicular a Monserrate S. A.", la cual está representada actualmente por el doctor Jorge Herrera Tanco.

"2º Los servicios anteriores fueron prestados en forma continua e ininterrumpida desde el día 4 de febrero de 1957 hasta el día 17 de octubre de 1958. Vale decir, 20 meses y 13 días, faltando 3 meses y 17 días para completar el cuarto plazo presuntivo.

"3º El contrato de trabajo que existió entre las partes fue verbal, y la demandada en forma irregular lo terminó dando un preaviso como

consta en carta que adjunto y por 45 días, alegando 'que había suprimido el cargo de cajero general que ocupaba mi poderdante', lo cual no es exacto como tendré oportunidad de probarlo. En todo caso, la terminación fue ilegal y a mi cliente se le debe indemnizar tal como lo manda el Código Sustantivo del Trabajo.

"4º El día 17 de octubre de este año en que se le dio la carta a mi poderdante, el gerente le dijo que ya no había más trabajo para él, que hiciera una liquidación de sus prestaciones sociales y se liquidara el preaviso de 45 días, para reconocérselo en dinero y pagárselo, y con todo y eso la demandada incumplió y se niega a pagar y retiene los dineros por prestaciones de mi cliente, por lo que debe pagar la mora.

"5º Rentería Mallarino fue un abnegado trabajador, poniendo todas sus capacidades, su esfuerzo y consagración al servicio de la demandada y sin embargo se le despide, sin justa causa.

"6º Se le asignó sueldo de $ 600.00 mensuales y posteriormente $ 660.00 como compensación de sus servicios en la forma ordinaria. No obstante, Rentería Mallarino consagrado a su trabajo, trabajó todos los días domingos y festivos, nacionales y religiosos, y no se le ha reconocido la remuneración doble de que habla la Ley. Ni se le dio descanso compensatorio, por lo tanto se le adeudan, los siguientes días: del 4 de febrero al 30 de septiembre de 1957 a razón de $ 22.00 moneda legal, vale decir, los trabajó en forma completa, domingos, festivos nacionales y religiosos. Por un valor de $ 966.00 moneda legal.

"7º Trabajó 1º y 6 de enero de 1958, 19 de marzo, jueves y viernes Santos, 1º de mayo, 15 de mayo, 5 y 13 de junio; 7 y 15 de agosto; 12 de octubre, a razón de $ 22.00, igual $ 264.00 que se le adeudan, a pesar de haber sido trabajados.

"8º Se le adeuda el trabajo realizado el día 16 de octubre de 1958.

"9º La prima semestral por valor de $ 275.00 moneda legal.

"10. Mi poderdante ha sufrido perjuicios morales con el despido injusto.

"11. La empresa es renuente al pago de: cesantía, primas, presuntivo, remuneración del trabajo realizado en días domingos y festivos, por lo tanto, debe pagar la mora, a razón de $ 22.00 diarios desde el día 17 de octubre de 1958 hasta cuando se le paguen sus derechos.

"*Otra petición.* Le pido al señor Juez que condene a la empresa a pagar los perjuicios ocasionados con el despido injusto".

Como fundamentos de derecho se citaron los artículos 47, 48, 64, 65, 66, 127, 177, 179, 181, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y además el Código de Procedimiento Laboral, en sus disposiciones pertinentes.

La sociedad demandada, por intermedio de procurador judicial, contestó la anterior demanda oponiéndose a todas y cada una de las peticiones del actor y en cuanto a los hechos expresó atenerse a lo que se probará en el curso del juicio. Propuso también las excepciones de pago, falta de título y de causa en el demandante, falta de obligación en la demandada y toda excepción que se desprendiera de lo probado en el proceso.

El Juzgado del conocimiento desató la litis en proveído calendado el 15 de junio de 1959, por medio del cual condenó a la empresa demandada a pagar la cantidad de $ 2.354.00 por concepto de presuntivo y las costas en la proporción del 30%; declaró probada la excepción perentoria de pago total de cesantía, prima de servicios y salarios insolutos y absolvió a la Compañía de todos los demás cargos y peticiones que le fueron formulados por la parte actora.

Los mandatarios judiciales de ambas partes recurrieron en apelación contra el fallo del *a-quo* y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Laboral, desató dicho recurso mediante sentencia fechada el cuatro (4) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), en sentido confirmatorio de la decisión de primera instancia y no impuso costas en la segunda.

La Corte admitió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial de la parte vencida contra el fallo del *ad-quem*. Surtido el trámite de rigor, esta Sala pasa a decidirlo previo estudio de la demanda sustentatoria y del escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Persigue el recurrente la casación de la sentencia acusada en cuanto condenó al pago de lucro cesante y a que, en su lugar, la parte que representa sea absuelta de tal condena.

Causal invocada.

Todos los cargos que contempla la demanda se fundamentan en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

Cargos.

El impugnador presenta cuatro cargos. Todos ellos con indicación del mismo concepto de vio-

lación legal (infracción indirecta), referido a una misma norma jurídica (artículo 64 del CST) y con señalamiento de errores de hecho concretados en las mismas pruebas (testimonios de Luis Torres Angel y Manuel Antonio Sánchez Rojas y posiciones absueltas por el Gerente de la entidad demandada). Debido a la circunstancia anotada, la Sala examina en forma conjunta los aludidos cargos.

El recurrente sostiene que no fueron apreciadas por el Tribunal las declaraciones antes mencionadas y que la prueba de posiciones la estimó de manera equivocada. Toda la argumentación del casacionista gira en torno a la tesis de que fue el trabajador demandante quien rompió el contrato de trabajo, en virtud de retiro voluntario. Acepta que por tratarse de un contrato verbal, no cabe el preaviso de 45 días, en uso de la cláusula de reserva. Pero agrega: "...también es cierto que la voluntad de la empresa fue la de seguir cumpliendo el contrato durante los 45 días de preaviso, lo que significa que el despido no se configura sino al vencimiento del preaviso. Pero el señor Rentería Mallarino impidió que el contrato continuara durante el término del preaviso de 45 días dado por la empresa al retirarse voluntariamente de su servicio en la misma fecha en que recibió la comunicación de dicho preaviso. En esta forma hay que concluír que el contrato de trabajo terminó el 17 de octubre de 1958 por decisión unilateral del trabajador y no por decisión de la Empresa, ya que por parte de ésta el despido sólo se configuraba al vencimiento del preaviso de los 45 días. Lo anterior es evidente y se encuentra plenamente demostrado en los autos, siendo por lo tanto contraria a la realidad procesal la conclusión a que llegó el Tribunal, al no dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo terminó el 17 de octubre de 1958 por decisión unilateral e intempestiva del señor Rentería Mallarino".

Se consideran los cargos.

Para el mejor entendimiento del problema jurídico que se debate, es conveniente dar a conocer las razones que tuvo el Tribunal para haber pronunciado la condena por lucro cesante. Al respecto el *ad-quem* dijo:

"A folio 3 de este cuaderno figura original una comunicación firmada por el gerente de la demandada y dirigida al actor, cuyo texto es el siguiente:

" 'Por medio de la presente comunico a usted el preaviso de 45 días que ordena la ley por haber resuelto la Junta Directiva de esta Compañía suprimir el cargo de Cajero General que usted venía desempeñando'."

"Es claro que tratándose de un contrato verbal el preaviso era ilegal y generaba el rompimiento unilateral del contrato por parte de la empresa.

"La duda que podía surgir acerca de si el despido tenía operancia en la fecha de la nota o 45 días después, se disipa al constatar que en la absolución de posiciones, el Gerente de la Compañía contestando la pregunta 6ª, admite o confiesa que al enviarle la carta de preaviso a Rentería, le dijo a éste que hiciera una liquidación de sus prestaciones sociales. Y al admitir además (respuesta a la 7ª pregunta) que el 17 de octubre de 1958, recibió una liquidación de prestaciones sociales elaborada por Rentería Mallarino. Este documento o sea la liquidación de prestaciones y demás, suscrita por el actor, figura al folio 28 de este cuaderno, presentado por la parte demandada.

"Es evidente que si el despido debía operar 45 días después de la nota de desahucio, no había urgencia en la liquidación de prestaciones, liquidación que se efectúa al tiempo de despedir a un trabajador y no antes. Por esta razón el hecho de que el gerente de la compañía le hubiera ordenado al demandante ese mismo día (17 de octubre de 1958) que liquidara sus propias prestaciones, es suficiente para deducir que el despido operaba inmediatamente.

"En estas condiciones prospera la súplica por presuntivo, sobre la base de que el contrato fue terminado unilateralmente por el patrono cuando al trabajador le faltaban 3 meses y 17 días para completar el plazo presuntivo. La Compañía debe entonces pagarle el salario correspondiente a ese lapso, o sea la suma de $ 2.354.00 moneda corriente".

Con vista en las razones expuestas por el Sentenciador, la Sala considera que no se ha configurado el error de apreciación probatoria que el recurrente le atribuye al fallo impugnado y que, por el contrario, su posición se ajusta al más recto entendimiento de las pruebas allegadas al informativo. En efecto, bien sabido es que el preaviso de 45 días sólo lo prevé la ley para el caso de que se haya pactado la cláusula de reserva. Esta no es la situación en el *sub-lite* por cuanto los autos no acreditan que existiera esa estipulación. Luego, no cabe la menor duda que el preaviso dado por la entidad recurrente no tiene apoyo legal y, además, la nota de despido del folio 3, de que hace mérito el Tribunal es claramente ilegal porque en ella consta que la

razón del despido fue la de "... haber resuelto la Junta Directiva de esta Compañía *suprimir* el cargo de Cajero General que usted venía desempeñando". (Subraya la Sala). La ley no contempla como causal justificativa de la terminación del contrato de trabajo la alegada por la sociedad demandada, esto es, la supresión del cargo ejercido por el trabajador demandante.

Como es fácil apreciar, pues, la determinación de la demandada no sólo es ilegal por el aspecto del preaviso de 45 días sino, además, porque la causa real y evidente del despido (supresión del cargo) no respalda legalmente la decisión tomada por la empresa.

Además, son instituciones completamente distintas e inconfundibles el preaviso y las causas de terminación del contrato de trabajo. El primero es el medio o vehículo para su terminación pero no la razón de ésta. De suerte que, no estando pactada la cláusula de reserva, el patrono, al tenor del artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, tenía la obligación de explicar los motivos que lo impulsaron a prescindir de los servicios de Rentería Mallarino. Y está visto que la causal aducida no está prevista como motivo justificativo de la extinción del contrato. Luego, resulta indudable que la medida adoptada por la empresa fue notoriamente contraria a la ley.

Por todo lo expresado, los cargos no prosperan.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa el fallo recurrido de fecha 4 de agosto de 1959.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJO A DOMICILIO Y CONTRATO DE TRABAJO. CRITICA DEL TESTIMONIO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. Contrato de trabajo y contratistas independientes. 2. La determinación que hace el testigo del lugar donde ocurrieron los hechos es elemento importante para apreciar su declaración. 3. Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra, o al menos la materia principal, el contrato es de venta. 4. No basta en casación alegar el error de hecho, es necesario probarlo. 5. No hay contrato de trabajo a domicilio cuando interviene colaboración de elementos extraños a la familia del trabajador. 6. El hecho de que el trabajador suministre la materia prima, sitúa su labor a domicilio fuéra del ámbito de la relación laboral.

1. Quien encarga la confección de una obra material e indica las especificaciones a que debe sujetarse, y una vez entregada la revisa e inspecciona para cerciorarse de que aquéllas han sido observadas, empleando materiales de buena clase, no está impartiendo instrucciones en calidad de patrono, ni el artífice se convierte por ese solo hecho en trabajador dependiente. En el fondo no se trata de órdenes con la significación que tiene el vocablo para destacar el trabajo dependiente, pues la orden debe referirse al modo, tiempo y cantidad de trabajo (art. 23, literal b. del C. S. T.) y las de que se trata no llenan todas estas condiciones.

2. Factor importante para investigar la veracidad del testimonio, contemplado expresamente por la ley (artículo 697 del C. Judicial), es la indicación del lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos que el testigo refiere. Tienen los hechos un ámbito espacial, que debe ser precisado por el declarante. Así, en el caso de autos, el señalado por la inspección judicial, de pleno valor probatorio, es distinto del que indica el testimonio.

3. Refiere la demanda que el actor, en su propio domicilio, prestó servicios personales al demandado, durante tres años, en labores relacionadas con la confección de muebles para el almacén de propiedad de este último. Que durante los primeros meses el demandado le suministraba al actor la madera por un precio convenido y posteriormente el demandante la sacaba al fiado en el comercio y al liquidar con aquél se le tenía en cuenta el valor de la madera para pagarle por sobre dicho precio lo que valiera la confección del mueble.

Sostiene el Tribunal que el hecho en mención describe una operación de venta. Para el recurrente significa que el actor ejecutaba el trabajo a domicilio. Como es fácil advertirlo, nada tiene que ver lo que el hecho expresa con el sentido que a él le da el recurrente.

Para la Sala es correcta la estimación que de la demanda hace el fallador. Se ajusta a textos de la ley positiva. En efecto, dice el artículo 2053 del Código Civil: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta (inciso 1º). Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario de venta". (Inciso 4º).

Dice el testigo N. que el demandado le suministraba al demandante algunos materiales, como triplex, bisagras y ornamentos.

En la confección de un mueble de madera, ésta es materia prima principal. Por consiguiente, aceptando que se le entregaban al artífice los materiales de que habla el testigo, el contrato entre las partes era de compraventa, como lo

sostiene el Tribunal. Por lo demás, no cita el cargo que se hace a la sentencia el artículo 2053 del Código Civil, que contempla la hipótesis a que se refiere el hecho en consideración. Por tanto, si éste da cuenta de una convención laboral y fuera esa la orientación del cargo, ha debido acusar violación de dicha norma en relación con las pertinentes de la ley laboral.

4. Bien sabido es que en casación, cuando se alega error de hecho por equivocada estimación de una prueba, no basta su cita sino que es preciso demostrar el error cometido por la sentencia al estimarla.

5. Los hechos de la demanda de instancia colocan la labor del demandante dentro de la modalidad del contrato de trabajo a domicilio.

Hay contrato de trabajo de esta especie con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono (art. 89 del C. S. T.).

Un testigo afirma dentro del proceso que aunque generalmente el demandante trabajaba solo, le conoció un ayudante. Si la colaboración prestada al trabajador no proviene de elementos de su familia, (nada dice el testigo al respecto), la labor de aquél excluye la especie de contrato en examen, de acuerdo con el texto legal citado.

6. El Decreto legislativo número 2417 bis de 1952 (art. 2º) creó la sección de trabajo a domicilio, de mujeres y menores, dependiente del ministerio del ramo, encargada del estudio y solución de los problemas sociales y de trabajo entre patronos y trabajadores a domicilio, mujeres y menores, en cuanto a la constitución del contrato, pago de prestaciones, salarios, etc.

El Decreto 210 de 1953, reglamentario del anterior (artículo 6º) preceptúa: Se entiende que existe contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Código del Trabajo, cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador a domicilio recibe del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expedidos por cuenta de éste último.

La propia demanda promotora del presente juicio afirma que la madera para la confección de los muebles era suministrada por el trabajador demandante. Así las cosas, tal hecho sitúa el trabajo del actor por fuera del ámbito de la relación laboral a domicilio, según las normas que se dejan citadas, acordes con lo que sobre el punto dispone el artículo 2053 del Código Civil de que antes se hizo mérito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Miguel Angel Saldarriaga promovió demanda ordinaria, por la vía laboral, contra Guillermo Gaviria, para que por sentencia se le condene al pago de lo siguiente: cesantía, vacaciones, primas de servicio, aumento del salario, remuneración por trabajo en domingos y demás días feriados e indemnización moratoria, de acuerdo con el salario que en el juicio se acredite, o, en subsidio, con base en el mínimo legal. Pide también la condena en costas.

Refiere la demanda que Saldarriaga prestó servicios personales en su domicilio, a Guillermo Gaviria, durante tres años, contados a partir del 15 de febrero hacia atrás, en labores relacionadas con la confección de muebles para el almacén de Gaviria, situado en Medellín; que durante los primeros meses de labores Gaviria le suministró a Saldarriaga la madera por un precio determinado, y posteriormente el actor la sacaba al fiado y al liquidar con Gaviria le tenía en cuenta el valor del artículo para pagarle por sobre dicho precio lo que valiera la confección del mueble; que Gaviria suministraba al demandante triplex, chapetas para cama, tornillos, etc., le fijaba previamente el precio de la obra, al cual tenía que someterse el empleado, quien trabajaba exclusivamente para aquél; que obtenía un jornal promedio de $ 7.00 diarios; que laboraba todos los días de la semana, incluso los feriados, desde las siete y media de la mañana hasta las siete y media de la noche, sin recibir salario doble; que aunque, en comprobantes de recibo de muebles se hizo figurar el negocio como de compraventa, lo cierto es que se trataba de contrato de trabajo, porque había prestación personal del servicio, subordinación y salario; que desde el día de la terminación del contrato Saldarriaga le reclamó a Gaviria el pago de sus prestaciones, llegando a un acuerdo que éste incumplió.

Como fundamentos de derecho cita el actor los artículos 22, 23 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y los Decretos 2214 de 1956 y 118 de 1957.

La respuesta a la demanda niega el contrato de trabajo y afirma que el demandado le compró muebles al actor en los meses de junio, julio y agosto de 1957, por determinado precio. Niega los demás hechos y propuso estas excepciones:

carencia de acción, inexistencia de la obligación y la que denomina genérica.

La relación de primer grado terminó por sentencia del 9 de mayo de 1959, dictada por el Juzgado 5º del Trabajo de Medellín. En ella condena a Gaviria a pagar al demandante Saldarriaga la suma de $ 848.00 por estos conceptos: cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria, y lo absuelve de los demás cargos. Se abstuvo de la condena en costas.

Apelaron ambas partes. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín decidió el recurso de alzada por sentencia del 26 de mayo de 1959, por la cual revoca la del Juzgado *a-quo* y, en su lugar, absuelve al demandado de todos los cargos del libelo, sin costas.

Interpuso la parte actora el recurso de casación, que le fue concedido. Remitido el expediente a esta Superioridad, admitió ella el recurso. Preparado éste debidamente, la Sala lo decide a continuación.

La demanda de casación.

Suplica el *petitum* que la Corte infirme la sentencia recurrida y, en su lugar, confirme la de primer grado, modificándola en el sentido de condenar al demandado a pagar al actor la remuneración por descanso en domingos y festivos, doble salario por trabajo en días de fiesta, e indemnización moratoria, desde la terminación del contrato hasta el pago de las deudas pendientes, y costas.

Invoca la primera causal de casación. Contra la sentencia del Tribunal formula un solo cargo.

En él acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 22, 23, 24, 37, 65, 145, 172, 173, 174, 177, 179, 186 a 192, 249 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 1º del Decreto 2214 de 1956 y 1º del Decreto 118 de 1957, a causa de error de hecho proveniente de la falta de estimación de unas pruebas y de la errónea interpretación de otras.

Consiste el error de hecho en que la sentencia niega el contrato de trabajo entre las partes en oposición a las pruebas del proceso que demuestran su existencia.

En desarrollo del cargo expone el recurrente:

Pruebas no apreciadas.

a) Las posiciones absueltas por el demandado (f. 24) en la respuesta a la pregunta octava; y b) La declaración del testigo Aurelio Correa (fs. 19 y 20).

Da a entender el cargo que la confesión provocada de Gaviria, relacionada con la declaración de Jairo Franco, demuestra que Saldarriaga era trabajador dependiente del demandado.

Transcribe pasajes del testimonio de Correa, sin expresar qué es lo que la prueba demuestra.

Pruebas erróneamente apreciadas.

1ª La declaración de Bernardo González (fs. 18 y 19); 2ª La declaración de Mauro Monroy (f. 33); 3ª El testimonio de Jairo Franco (fs. 32 y 33); 4ª Las preguntas de las posiciones formuladas por el actor al demandado, distinguidas con los numerales once y doce; 5ª La confesión provocada del demandante Saldarriaga (respuestas a las preguntas 7ª y 8ª); y 6ª La demanda de instancia (fs. 3 y 4).

La acusación da a conocer apartes de la declaración de cada uno de los testigos. Refiriéndose al cuadro de posiciones propuesto por el actor al demandado, expone: dice la sentencia que según la redacción de los interrogatorios los elementos para la obra distintos de la madera "los ponía Saldarriaga y que por ello se restaban del precio convenido para el mueble". Ocurre todo lo contrario, pues en las preguntas formuladas a Gaviria se dice que el valor del triplex, chapetas, tornillos y bisagras, se deducía del precio del mueble, porque el demandado suministraba al actor esos elementos, además de la madera o el precio para comprarla. De suerte que la conclusión no es la de la sentencia sino la opuesta, o sea, que Gaviria le facilitaba a Saldarriaga todos los materiales para la confección de los muebles. Con referencia a la confesión provocada de Saldarriaga, la sentencia afirma —dice el impugnador— que aquél, en las respuestas a las preguntas séptima y octava, aceptó el hecho de que los negocios entre los litigantes tenían todas las características de una compraventa. Refuta el concepto diciendo que el Tribunal olvidó los artículos 25 y 26 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales autorizan la concurrencia de contratos, y agrega: el caso aislado del armario que Saldarriaga se negó a entregar a Gaviria porque éste no tenía dinero para pagarlo, relieva el fenómeno de concurrencia de una venta con el contrato de trabajo. En cuanto a la demanda inicial, sostiene el recurrente que la sentencia estimó equivocadamente el hecho 3º, pues no se refiere a suministros hechos por el demandante para la confección de los muebles, sino a la circunstancia de que aquél cumplía la labor en su domicilio.

Como consecuencia de la falta de apreciación de las pruebas mencionadas y de la errónea in-

terpretación de las que el cargo cita, el Tribunal —dice el recurrente— incurrió en evidente error de hecho al sostener que no existió contrato de trabajo entre las partes. Como resulta de tales pruebas, especialmente de la testimonial, Saldarriaga prestó servicios personales dependientes a Gaviria "por espacio de tres años contados del 15 de febrero de 1958 hacia atrás". La dependencia o subordinación es elemento de difícil apreciación en el trabajo a domicilio, pero la dificultad al respecto no conduce a negar su realidad, como lo expresó el Tribunal Supremo en fallo de casación del 26 de julio de 1947. En lo concerniente al salario, si bien no se demostró su cuantía en el juicio, anota que, al tenor del artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, todo trabajo dependiente debe ser remunerado; que, además, cuando no se ha pactado salario, debe recurrirse al sistema que establece el artículo 144 ibídem; que el 145 de la misma obra define el salario mínimo, regulado posteriormente por los Decretos 2214 de 1956 y 118 de 1957; y que la falta de convenio sobre la remuneración no conduce a la inexistencia de la relación laboral, porque probada la prestación del servicio, la ley presume que es oneroso y su importe puede fijarse por cualquier medio probatorio, como lo sostiene la jurisprudencia. Los testimonios erróneamente apreciados por la sentencia —prosigue el cargo— indican cuál era la jornada de trabajo a que estuvo sometido Saldarriaga y acreditan también que prestó servicios en todos los días hábiles de la semana, sin recibir descanso remunerado en domingos y festivos ni el salario doble. Concluye así la acusación: apreciadas en toda su plenitud probatoria las declaraciones de los testigos Monroy, González, Correa y Franco, la sentencia habría llegado a la conclusión de que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de trabajo. Por consiguiente, al negarlo, dejó de aplicar las normas legales que el cargo cita.

Examen del cargo.

El Tribunal enjuicia el caso de la litis en estos términos:

Si el trabajo sobre confección de los muebles lo realizaba el actor personalmente, como lo afirman los testigos Bernardo González, Jairo Franco y Mauro Monroy, ejecutando la labor en beneficio del demandado, tal circunstancia hace operar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, debe estudiarse si en el juicio hay pruebas que destruyan la presunción.

"En una relación laboral, dentro de las características de la que se ha planteado en la demanda, el trabajador se limitaría a aportar su fuerza de trabajo en la confección de los muebles, sin suministrar ningún otro elemento. Hecha la obra, de ser ciertos aquellos extremos, el mueble pertenecería al demandado, no correspondiéndole a Saldarriaga sino el valor de la suma convenida por el servicio personal que se comprometió a ejecutar, o sea el salario. Puesto que si fue, simplemente, un trabajador subordinado, no podría tener derecho sino a la retribución de sus servicios personales.

"Desde la propia demanda se desprende que no era el demandado sino Saldarriaga, el que suministraba la madera para la hechura de los muebles. Así puede leerse en la narración del hecho tercero, de que en un principio Saldarriaga le compraba la madera a Gaviria, y que después era el mismo demandante el que conseguía esa madera en el comercio, por su cuenta, al fiado. De manera que se tiene que en la hechura de los muebles Saldarriaga no aportaba únicamente su trabajo, sino la materia prima, o sea, la madera, para relizarla, lo que tiende a desfigurar la noción de contrato de trabajo, en el que el trabajador solo suministra la fuerza de su labor personal.

"Dice más adelante uno de los testigos, concretamente el señor Bernardo González, citado por el propio demandante como conocedor de los hechos, que 'una vez hecho el mueble, Gaviria le fijaba el precio y si éste no convenía al demandante se llevaba el mueble, previa devolución del dinero que Gaviria le había anticipado...' Esto está indicando, sin lugar a dudas, que los elementos para su confección los suministraba el demandante y que, si una vez hecho el mueble, Saldarriaga podía aceptar el precio que le fijara Gaviria o no, lo que se celebraba entre ellos era una verdadera compraventa del mueble, que tuvo es cierto la frecuencia de hecho repetido, pero que por ello no perdió sus contornos jurídicos verdaderos. Había sí un libre juego, entre las partes, propio de la naturaleza del contrato de compraventa, a diferencia del contrato de trabajo, en que el patrono debe pagar únicamente la suma convenida por el servicio personal efectuado.

"Confirma la conclusión anterior lo confesado por el demandante al contestar los hechos séptimo y octavo de las posiciones, cuando acepta que en otra ocasión en que llevó cuatro armarios al demandado, éste no tenía sino para pagarle tres de ellos, y eso le dejó, llevándose Saldarriaga el cuarto, lo que no habría sido posible si Gaviria hubiera puesto los materiales y el de-

mandante solo su trabajo. Si pudo llevarse el cuarto, era porque en verdad la transacción que se celebraba entre las partes era una compraventa, sobre un mueble que pertenecía al demandante por sus elementos integrantes y la tarea de fabricación, quien podía, libremente, venderlo o no al demandado.

"También al formular las preguntas undécima y duodécima del cuestionario de posiciones que redactó la parte demandante para que absolviera el demandado, se deja ver que por cada mueble se pagaba un precio, del que se deducía el valor de otros elementos, distintos a la madera, como tríplex, chapetas, tornillos y bisagras, que había suministrado Gaviria, lo cual demuestra que estos otros artículos también los ponía de su cuenta Saldarriaga, pues de no ser así, no habría lugar a deducirlos del precio".

Concluye la sentencia diciendo que de las pruebas no resulta acreditada la convención laboral que alega el actor.

Consideraciones de la Corte:

Pruebas no apreciadas:

a) La confesión provocada del demandado, contenida en la respuesta a la pregunta octava de las posiciones (f. 24).

Dice la pregunta: "¿Es cierto, sí o no, que el absolvente vigilaba y controlaba el trabajo de Saldarriaga por medio de su empleado de nombre Jairo Franco?" Contestó: "Franco sí era mi empleado, pero no ejercía función de control a Saldarriaga".

La mala apreciación de la prueba —arguye el recurrente— surge de la comparación entre el hecho admitido por el absolvente y lo afirmado por el testigo Jairo Franco acerca del control de la actividad de Saldarriaga. Sobre el punto dice aquél en su declaración (fs. 32 y 33): "El demandante no era trabajador de Gaviria, pues no estaba sujeto a horario; simplemente le vendía obra a Gaviria..." "La obra que presentaba Saldarriaga también la revisaba yo". Afirma que era empleado de confianza del demandado y hubo ocasiones en que impartió órdenes al actor, como la de indicarle que en la confección de un mueble se ajustara a determinado estilo, agregando que las órdenes tuvieron el visto bueno de Gaviria; iba con frecuencia al taller del demandante en son de amistad, no a controlar y fiscalizar su labor. En alguna ocasión le ordenó modificar una medida respecto de un mueble y aquél así lo hizo. Cuando los muebles llegaban al taller de Gaviria, el testigo los inspeccionaba para constatar si en su confección se habían observado las especificaciones dadas con anterioridad y si la madera era de buena calidad.

b) La declaración del testigo Aurelio Correa (fs. 19 y 20).

Informa el testigo que vivía en la misma casa de Saldarriaga, donde éste trabajaba, situada en Guayaquil, barrio de Cristo Rey, y por eso supo que confeccionaba muebles para Gaviria únicamente, actividad que tuvo una duración de tres años más o menos terminando en febrero de 1958. El testigo acarreaba los muebles del taller del actor al local de Gaviria, situado en la calle Zea con Cundinamarca, cada veinte días o cada mes.

Observa la Sala:

De la prueba citada en el literal a) deduce el recurrente que Gaviria controlaba la actividad de Saldarriaga por medio de su empleado de confianza Jairo Franco, infirmando su testimonio —a juicio de aquél— la afirmación que hace el demandado en posiciones en el sentido de que Franco no fiscalizaba el trabajo del actor. Ve en la labor de control la prueba de la subordinación de Saldarriaga respecto de Gaviria. Para la Sala el reparo carece de fundamento: quien encarga la confección de una obra material e indica las especificaciones a que debe sujetarse, y una vez entregada la revisa e inspecciona para cerciorarse de que aquellas han sido observadas, empleando materiales de buena calidad, funciones cumplidas por el testigo Franco, no está impartiendo instrucciones en calidad de patrono, ni el artífice se convierte por ese solo hecho en trabajador dependiente. El declarante habla de que impartió órdenes al actor, aprobadas por Gaviria. En el fondo no se trata de órdenes con la significación que tiene el vocablo para destacar el trabajo dependiente, pues la orden debe referirse al modo, tiempo y cantidad de trabajo (art. 23, literal b. del CST.) y la de que se trata no llena todas esas condiciones. Por lo demás, apreciado el testimonio en su integridad, es enfático el testigo al decir que Gaviria le compraba muebles a Saldarriaga y que éste no fue empleado suyo.

No es atendible el testimonio de Aurelio Correa. Entre otras fallas adolece de la siguiente: afirma que el taller en que trabajaba Saldarriaga se hallaba situado en la calle Guayaquil, Barrio de Cristo Rey de la ciudad de Medellín. El testigo Bernardo González, el más enterado de los hechos según el demandante, como lo afirma la sentencia, dice en su declaración (fs. 18 y 19) que el taller en que trabajaba el demandante, de propiedad del señor Monroy, estaba ubicado

en la calle Salamina con Amador y Padilla, de la mencionada ciudad.

Tampoco hay coincidencia en relación con el lugar al cual conducía el testigo los muebles confeccionados por Saldarriaga. Los llevaba unas veces a la calle Zea con Cundinamarca, otras a la Calle Palacé. De acuerdo con la inspección ocular sobre los libros y papeles del demandado (f. 30) en su casa de habitación funciona un taller para la confección de muebles con personal de cuatro trabajadores y está situada en la calle de Pichincha, número 47-49, entre Junín y Sucre, de la ciudad de Medellín.

Factor importante para investigar la veracidad del testimonio, contemplado expresamente por la ley (art. 697 del C. J.) es la indicación del lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos que el testigo refiere. Tienen los hechos un ámbito espacial, que debe ser precisado por el declarante. Y ya se ha visto que el señalado por la inspección judicial, de pleno valor probatorio, es distinto del que indica el testimonio.

De lo expuesto se concluye que, si bien el Tribunal no hace referencia a las dos pruebas analizadas, ninguna influencia tuvo la omisión en la sentencia acusada.

Pruebas erróneamente apreciadas.

Demanda de instancia. Al hecho 4º y no al 3º se quiso referir la sentencia. Aquél dice:

"Durante los primeros meses de labores el señor Gaviria le suministraba a Saldarriaga la madera por un precio convenido. Posteriormente el demandante sacaba al fiado la madera en el comercio y al liquidar con Gaviria se le tenía en cuenta el valor de la madera para pagarle por sobre dicho precio lo que valiera la confección del mueble".

Sostiene el Tribunal que el hecho en mención describe una operación de venta. Para el recurrente significa que el actor ejecutaba el trabajo a domicilio. Como es fácil advertirlo, nada tiene que ver lo que el hecho expresa con el sentido que a él le da el recurrente.

Para la Sala es correcta la estimación que de la demanda hace el fallador. Se ajusta a textos de la ley positiva. En efecto, dice el artículo 2053 del Código Civil: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta..." (inciso 1º). "Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario de venta" (Inciso 4º).

El testigo Bernardo González dice que Gaviria le suministraba a Saldarriaga algunos materiales, como triplex, bisagras y ornamentos.

En la confección de un mueble de madera, ésta es materia prima principal. Por consiguiente, aceptando que el demandado le entregaba al actor los elementos de que habla el testigo, el contrato entre las partes era de compraventa, como lo sostiene el Tribunal. Por lo demás, no cita el cargo el artículo 2053 del Código Civil, que contempla la hipótesis a que se refiere el hecho 4º del libelo. Por tanto, si éste da cuenta de una convención laboral y fuera esa la orientación del cargo, ha debido acusar violación de dicha norma en relación con las pertinentes de la ley laboral.

Confesiones del actor.

I. Respuestas a las preguntas séptima y octava de las posiciones que absolvió a petición del demandado. Tiene incidencia en el caso debatido la segunda. Dice en ella el absolvente que le llevó cuatro muebles al demandado y sólo le dejó tres, de los cuales le pagó dos en dinero y el otro en cheque posdatado.

Si hubiera sido trabajador, el cuarto mueble habría tenido que entregarlo a Gaviria, pues en el contrato de trabajo los artículos fabricados por el asalariado pertenecen al patrono, aunque la remuneración corresponda a la modalidad de salario a destajo. Si lo retiró del taller de Gaviria era porque el acto jurídico entre las partes no obedecía a una relación laboral dependiente, sino a una compraventa, como con acierto lo sostiene la sentencia.

II. Preguntas once y doce del cuadro de posiciones formulado por el actor al demandado.

La pregunta once afirma que Gaviria le pagaba a Saldarriaga los muebles a un precio unitario, y la doce, que al cubrirle aquél al demandante el valor de los muebles le deducía los préstamos que le había anticipado, o las maderas que Saldarriaga había tomado al fiado y los tríplex, chapetas, tornillos, bisagras, etc., que Gaviria le hubiera suministrado.

Los hechos admitidos por el actor en las dos preguntas, dejan ver —dice la sentencia— que por cada mueble se pagaba un precio, del cual se deducía el valor de algunos elementos suministrados por Gaviria, lo cual demuestra que ellos también los ponía Saldarriaga de su cuenta, pues si así no hubiera ocurrido no había para qué hacer deducción alguna.

Aun aceptando que no fue acertada la apreciación que hace la sentencia de la prueba en exa-

men, quedarían en pie los demás fundamentos de la decisión, suficientes para mantenerla.

III. Las declaraciones de Bernardo González, Mauro Monroy y Jairo Franco.

La del último de los testigos fue examinada anteriormente, y a las consideraciones que hizo sobre ese testimonio se remite la Sala. Respecto de las otras dos, el cargo se limita a transcribir pasajes de su contenido, sin demostrar cuáles son los hechos contrarios a los que sostiene el fallador acreditados por las declaraciones, motivo suficiente para que la Sala se abstenga de analizarlas. Bien sabido es que en casación, cuando se alega error de hecho por equivocada estimación de una prueba, no basta su cita sino que es preciso demostrar el error cometido por la sentencia al estimarla. Por lo demás, en el supuesto de que el Tribunal no hubiera visto en la prueba testimonial el contrato de trabajo, incidiendo en el error de hecho que le atribuye el recurrente, debe observarse que la sentencia se funda, principalmente, en hechos admitidos por el actor en el libelo inicial y en la confesión provocada rendida en el juicio a instancia del demandado. Es obvio que estas dos pruebas prevalecen sobre la testimonial. La oposición entre ellas, no podría decidirse, en sana lógica, en favor de la contenida en declaraciones de terceros, de menor fuerza de convicción que la emanada de la declaración de parte.

No sobran estas consideraciones:

I. Los hechos de la demanda de instancia colocan la labor del demandante dentro de la modalidad del contrato de trabajo a domicilio.

Hay contrato de trabajo de esta especie con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono (art. 89 del CST.)

El testigo Bernardo González afirma que aunque generalmente Saldarriaga trabajaba solo, le conoció un ayudante. Si la colaboración prestada al trabajador no proviene de elementos de su familia (nada dice el testigo al respecto), la labor de aquél excluye la especie de contrato en examen, de acuerdo con el texto legal citado.

II. El Decreto legislativo número 2417 bis de 1952 (art. 2º) creó la sección de trabajo a domicilio, de mujeres y menores, dependiente del ministerio del ramo, encargada del estudio y solución de los aspectos sociales y de trabajo entre patronos y trabajadores a domicilio, mujeres y menores, en cuanto a la constitución del contrato, pago de prestaciones, salarios, etc.

El Decreto 210 de 1953, reglamentario del anterior (art. 6º) preceptúa: se entiende que existe contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Código del Trabajo, cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador a domicilio recibe del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expedidos por cuenta de este último.

La propia demanda promotora del juicio afirma que la madera para la confección de los muebles era suministrada por el demandante. Así las cosas, tal hecho sitúa el trabajo del actor fuera del ámbito de la relación laboral a domicilio, según las normas que se dejan citadas, acordes con lo que sobre el punto dispone el artículo 2053 del Código Civil de que antes se hizo mérito.

Por lo expuesto no se recibe el cargo. Como consecuencia de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA. REMUNERACION, HORARIO Y SUBORDINACION EN EL CONTRATO DE TRABAJO.

No existió la duda justificada que sobre la realidad del vínculo laboral alegó la empresa. Lo fundamental para la existencia del contrato de trabajo es que haya remuneración del servicio, no importa la modalidad o periodicidad de su pago. El hecho de no estar obligado quien presta los servicios a cumplir un horario especial tampoco es circunstancia que desvirtúe la realidad del vínculo laboral. El horario de trabajo es una modalidad que varía según la índole de la labor que se ejecute. El elemento subordinación en el contrato de trabajo.

Sostiene el cargo que la sentencia acusada, al absolver a la Compañía demandada de pagar la indemnización moratoria, incurrió en violación indirecta del artículo 65 del Código Laboral, por cuanto está suficientemente acreditado en el juicio que hubo contrato de trabajo y que no existió la duda justificada que sobre la realidad del vínculo laboral alegó la empresa.

Se considera:

Como primera medida deben darse a conocer las razones que tuvo el Tribunal para haber revocado la condena por indemnización moratoria, las cuales son de este tenor:

"Finalmente el Juzgado condenó a la demandada a pagar al actor salarios caídos por considerar que de las pruebas presentadas no se establece que en realidad hubiera motivo de duda acerca de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes. Tal criterio no se acepta porque se debatió, en el presente caso, con fundamentos bastante atendibles la existencia de un contrato diferente al de trabajo. En efecto: la Compañía demandada teniendo en cuenta la forma como se estipuló la remuneración de los servicios del actor —una suma global—, la modalidad de las funciones que tenía que desarrollar (asesoría tributaria permanente incluyendo la elaboración de las declaraciones de renta anual) y la circunstancia de que no se estuviera sujeto a un horario especial, la llevó a considerar que no hubo una relación contractual laboral. Por lo tanto deberá revocarse la condena que por salarios caídos efectuó el a quo absolviéndose, en su lugar, a la demandada de pagar suma alguna por dicho concepto...".

Así las cosas, puede apreciarse que el ad quem sostiene que mediaron razones atendibles en cuanto a la negativa de contrato laboral alegada por la demandada, posición que la concreta en la remuneración global estipulada y la no sujeción a horario especial. Precisado así el problema, se trata de definir si son aceptables las razones dadas por el Tribunal para revocar la condena a que el cargo se refiere. La Sala estima que no por los motivos que pasa a exponer.

a) Lo fundamental para la existencia del contrato de trabajo es que haya remuneración del servicio que se presta no importa la modalidad o periodicidad de su pago, lo cual sólo es un detalle de orden secundario. La retribución es requisito propio y característico del vínculo jurídico laboral, según las voces del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 27 del mismo estatuto que establece que todo trabajo dependiente debe ser remunerado. De suerte, pues, que por este primer aspecto, la motivación del Tribunal es muy deleznable.

b) El hecho de no estar obligado a cumplir un horario especial tampoco es circunstancia que desvirtúe la realidad del vínculo laboral. El horario de trabajo es una modalidad que varía según la índole de la labor que se ejecute. En

unos casos será necesario trabajar 8 horas diarias; en otros sólo 6; en otros 12; en otros sin límite de la jornada; y en otros con jornada diferente a la de esos límites, como ocurre en el caso de los contabilistas que trabajan por horas, o en el de los revisores fiscales o asesores, siempre y cuando que estén en disponibilidad o subordinación constante respecto de su patrono, lo que le permite a éste ocupar sus servicios en el momento en que lo estime necesario y conveniente. Sobre el particular no le cabe a la Sala la menor duda acerca de cuál era la situación del trabajador reclamante, ya que en el texto de la nota de la empresa en que se estipularon las condiciones contractuales se lee: "...nuestra Junta Directiva en su reunión de ayer me autorizó para proponer a usted la elaboración de un contrato que incluya las declaraciones de renta y una asesoría tributaria permanente, por la suma de..." (subraya la Sala). Esta condición de asesoría permanente del demandante, da la nota característica de su vinculación jurídica. Por lo demás, la apreciación del Tribunal del testimonio que le sirve de base al punto referente al horario es notoriamente fragmentaria, ya que lo que dice quien desempeñaba por entonces el cargo de gerente, en lo pertinente es esto:

"En cuanto a la prestación de servicios el señor T. no tenía horario fijo puesto que la índole de su trabajo implicaba que él se presentara en cualquier momento cuando fuere llamado y por un tiempo no determinado de horas. Sí me consta que el señor T. atendió a todas las consultas que se le hicieron. El asistía casi diariamente más no por obligación. En cuanto a una consulta urgente puedo manifestar que si el señor T. era citado por ejemplo a las diez de la mañana, él podía aplazar dicha cita para más tarde, pero no tengo recuerdo ni me consta que jamás lo hubiera hecho. El trabajo lo desarrolló prácticamente en su totalidad dentro de las oficinas de la Compañía en asocio muchas veces del señor Contador General de la Empresa, del señor Revisor Fiscal, de algunos auxiliares de contabilidad y del mismo Gerente".

Del anterior análisis surge con evidente claridad que el Sentenciador incurrió en los errores de valoración probatoria que el recurrente le atribuye, ya que los motivos de duda justificada que le reconoce a la demandada carecen de todo fundamento. Máxime cuanto ésta se limitó á negar la existencia del contrato de trabajo sin respaldar adecuadamente su actitud. Por consiguiente el cargo prospera.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diciembre once de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Por medio de apoderado, ante el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, Hernando Tamayo Lombana promovió juicio ordinario de mayor cuantía para que previos los trámites de rigor la "Compañía de Inversiones Bogotá, S. A." fuese condenada a pagarle diversas sumas por los siguientes conceptos: cesantía, vacaciones, primas de servicios, lucro cesante, preaviso, salarios caídos y costas del juicio.

Los hechos fueron relatados en el libelo inicial así:

"1º Entre la Sociedad 'Compañía de Inversiones Bogotá S. A,', y el señor Hernando Tamayo L., se celebró un contrato de trabajo por medio del cual se le contrató para que atendiera la Asesoría Tributaria Permanente incluyendo la elaboración de las declaraciones de renta anual, a partir del 1º de julio de 1957, contrato que fue confirmado por medio de la carta de fecha julio 12 del año aquí citado y firmada por el Gerente de entonces señor Jaime Nieto Cano.

"2º Se estipuló igualmente, y así se cumplió que le pagarían por dicha asesoría permanente la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) al año, y con la forma de pago en cuatro contados trimestrales de mil doscientos cincuenta pesos cada uno ($ 1.250.00) y dichos pagos se hicieron con vigencia o con base en el lapso corrido del primero (1º) de julio del año anteriormente citado, tal como consta o debe constar en los libros de Caja de la Empresa.

"3º Al vencerse el primer año de labor permanente por parte del señor Hernando Tamayo L., y cumpliendo las condiciones estipuladas en la carta de julio 12 de 1957, el doctor Jaime Nieto Cano, en su carácter de Gerente le prorrogó el contrato por un año más a mi mandante, a partir del 1º de julio de 1958, esto en forma verbal, y en las mismas condiciones de trabajo y sueldos estipulados en la carta citada de fecha julio 12 de 1957.

"4º Cuando ya iban corridos mes y dieciocho días de la prórroga del contrato, con fecha 18 de agosto del año en curso, el doctor Jorge Gómez Moreno, en su carácter de Gerente encargado de la Compañía que aquí se demanda, dio por terminado, en forma intempestiva y sin previo aviso el contrato de trabajo de asesor permanente en

las condiciones dichas por la Sociedad, con los consecuenciales perjuicios que desde luego ya le ocasionaron a mi mandante, con motivo de la terminación del contrato en tales condiciones, y en la forma expresamente dicha en la carta citada.

"5º Al terminar unilateralmente el contrato de trabajo la Compañía antes citada, no obstante que se ha presentado varias veces en conformidad con la carta de fecha 18 de agosto del año en curso a las oficinas para ajustar las cuentas como lo dicen por los servicios que prestó el señor Tamayo L., que existían pendientes, hasta el día en que se presenta esta demanda, no le han sido cubiertos dichos salarios, ni las prestaciones sociales e indemnizaciones a que tiene derecho, y tampoco tiene conocimiento de que le hayan hecho oferta de pago por conducto de alguna autoridad, etc.".

Como fundamentos de derecho fueron citados los artículos 45, 47, 64, 65, 186, 249, 306 y demás disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; en procedimiento el Decreto número 2158 de 1948 y disposiciones aplicables del Código Judicial.

La Compañía demandada, por conducto del procurador judicial, dio respuesta a la anterior demanda expresando oponerse a todas las pretensiones del demandante por carecer de fundamento y, en cuanto a los hechos, los negó en su totalidad manifestando que jamás existió contrato de trabajo entre el actor y la Compañía y que, por lo mismo, tampoco era cierto que hubiera recibido salarios o que se le hubiese despedido.

La Compañía demandada, a su vez, por medio de mandatario judicial, formuló demanda de reconvención contra el actor Hernando Tamaño Lombana para que fuese condenado a pagarle a la sociedad las siguientes sumas de dinero:

"A. Cinco mil pesos, moneda corriente ($ 5.000.00), que el señor Tamayo L. debe reintegrarle a la Compañía de Inversiones Bogotá S. A. por haberlos recibido sin justa causa;

"B. Cien mil pesos, moneda corriente ($ 100.000.00 m/c.), o lo que se probare en el juicio, por concepto de indemnización de perjuicios causados por el señor Tamayo a la misma Compañía;

"C. Las costas judiciales a que hubiere lugar".

Los hechos fueron expuestos de la siguiente manera:

"Primero. El señor Hernando Tamayo L. dijo ser profesional experto en cuestiones tributarias e idóneo para atender reclamaciones ante las autoridades de impuestos, y, en esa virtud, se comprometió a prestarle servicios profesionales como asesor tributario a la Compañía de Inversiones Bogotá S. A.;

"Segundo. El señor Tamayo L., no cumplió satisfactoriamente su compromiso con la Compañía de Inversiones Bogotá S. A. y desatendió con absoluta negligencia e impericia los pocos asuntos que se le encomendaron;

"Tercero. La Compañía de Inversiones Bogotá S. A. le pagó al señor Tamayo L. la suma de $ 5.000.00 por concepto de honorarios profesionales, pago que no se justifica por la conducta negligente y los desaciertos del señor Tamayo L.;

"Cuarto. Los descuidos e impericia del señor Tamayo L., en la hechura de la declaración de renta y patrimonio de la Compañía por el año gravable de 1957 y en la gestión de varias reclamaciones de impuestos le han venido ocasionando gravísimos perjuicios a la sociedad que represento".

En derecho se citaron los artículos 1512, 1515, 2069, 2144, 2155 y concordantes del Código Civil; la Ley 6ª de 1945, y los Decretos 456 y 931 de 1956 y 2158 de 1948.

El actor Tamayo Lombana, por medio de su apoderado judicial, dio respuesta al libelo de reconvención negando los fundamentos de derecho relacionados y oponiéndose a las pretensiones formuladas. En cuanto a los hechos, en términos generales, reconoció no ser ciertos los dos primeros y en parte ser cierto el tercero.

Durante la primera audiencia de trámite, el apoderado del demandante Hernando Tamayo L. solicitó que se condenara también a la Compañía demandada a pagar los salarios correspondientes al lapso comprendido del primero (1º) de julio al 18 de agosto de 1958, petición a la cual se opuso la mencionada empresa al descorrer el traslado sobre esta corrección de la demanda principal.

El Juzgado del conocimiento desató la litis en fallo fechado el 22 de febrero de 1960, cuya parte resolutiva reza:

"*Primero*. Condénase a la sociedad demandada 'Compañía de Inversiones Bogotá S. A.', con domicilio en esta ciudad y representada por su Gerente, señor Arturo Moreno Mejía, a pagar al demandante Hernando Tamayo Lombana, las siguientes cantidades de dinero y por los conceptos que a continuación se expresan:

"a) La suma de cuatrocientos dieciséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 416.66) por concepto de auxilio de cesantía;

"b) La suma de doscientos ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 208.33) a título de compensación del derecho de vacaciones;

"c) La suma de cuatrocientos dieciséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 416.66), por concepto de primas de servicios, y

"d) La suma de trece pesos con ochenta y ocho centavos ($ 13.88) diarios, a título de indemnización moratoria, a partir del diecinueve (19) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y hasta cuando se verifique el pago de las cantidades de dinero indicadas en los literales inmediatamente anteriores.

"*Segundo.* Absuélvese a la Compañía de Inversiones Bogotá S. A. de las demás peticiones formuladas en la demanda presentada por el apoderado judicial del demandante Hernando Tamayo Lombana.

"*Tercero.* Absuélvese al contra-demandado señor Hernando Tamayo Lombana de los cargos formulados en la demanda de reconvención presentada por el apoderado judicial de Compañía de Inversiones Bogotá S. A.

"*Cuarto.* Costas del juicio a cargo de la sociedad demandada. Tásense".

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra el proveído de primer grado, y en el de segundo dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 10 de marzo de 1960, el *ad-quem* confirmó lo relativo a las condenas por cesantía, vacaciones y costas de primera instancia, así como también las absoluciones decretadas por el *a-quo;* modificó la condena de prima de servicios para rebajarla a la cantidad de $ 381.48; revocó la condena por salarios caídos y en su lugar absolvió por dicho concepto y no impuso costas de segunda instancia.

El Tribunal Superior concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el mandatario judicial del actor y reconvenido Tamayo Lombana contra la providencia anterior. Esta Sala de la Corte lo admitió y tramitó en legal forma y va a decidirlo previo estudio de la demanda respectiva que contiene dos cargos y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Está determinado así:

"Pretendo honorables Magistrados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al impugnar el fallo de la Sala Laboral del Tribunal conseguir la revocatoria por decirlo así concretamente del numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal, por medio del cual se absolvió a la sociedad demandada a pagar las sumas a que ya había sido condenada en el fallo de primera instancia, por violación indirecta, y falta de interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, todo de conformidad con los cargos que a continuación voy a expresar".

Seguidamente y sin indicar la causal o motivo de casación, el recurrente presenta dos cargos que pasa a examinar la Sala.

Primer cargo:

Se enuncia en esta forma:

"Violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia del error de hecho en que incurrió el Juzgador de segunda instancia, al apreciar equivocadamente la contestación de la demanda".

Sostiene asimismo que hubo apreciación errónea de la prueba documental y testimonial que reposa en autos. Todo lo cual condujo al Sentenciador a cometer error en la valoración de la prueba por cuanto está suficientemente acreditado en el juicio que hubo contrato de trabajo. Que por esta circunstancia está comprobado que no existió la duda justificada que sobre la realidad del vínculo laboral alegó la empresa y que, por consiguiente, ésta se ha hecho acreedora a la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El testimonio que cita el recurrente es el del doctor Jaime Nieto Cano.

Se considera:

Como primera medida deben darse a conocer las razones que tuvo el Tribunal para haber revocado la condena por indemnización moratoria, las cuales son de este tenor:

"Finalmente el Juzgado condenó a la demandada a pagar al actor salarios caídos por considerar que de las pruebas presentadas no se establece que en realidad hubiera motivo de duda acerca de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes. Tal criterio no se acepta porque se debatió, en el presente caso, con fundamentos bastante atendibles la existencia de un contrato diferente al de trabajo. En efecto: la Cía. demandada teniendo en cuenta la forma como se estipuló la remuneración de los servicios del actor —una suma global—, la modalidad de las funciones que tenía que desarrollar y la cir-

cunstancia de que no se estuviera sujeto a un horario especial, la llevó a considerar que no hubo una relación contractual laboral. Por lo tanto deberá revocarse la condena que por salarios caídos efectuó el *a-quo* absolviéndose, en su lugar, a la demandada de pagar suma alguna por dicho concepto...''

Así las cosas, puede apreciarse que el *ad-quem* sostiene que mediaron razones atendibles en cuanto a la negativa de contrato laboral alegada por la demandada, posición que la concreta en la remuneración global estipulada y la no sujeción a horario especial. Precisado así el problema ¿serán aceptables las razones dadas por el Tribunal para revocar la condena a que el cargo se refiere? La Sala estima que no por los motivos que pasa a exponer.

a) Lo fundamental para la existencia del contrato de trabajo es que haya remuneración del servicio que se presta no importa la modalidad o periodicidad de su pago, lo cual sólo es un detalle de orden secundario. La retribución es requisito propio y característico del vínculo jurídico laboral, según las voces del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 27 del mismo estatuto que establece que todo trabajo dependiente debe ser remunerado. En el caso de autos hubo pago de servicios personales, luego esto es lo sustancial no la forma de pago que, inclusive, ha podido ser estipulada de modo contrario a la ley, sin que por esta causa pueda desconocerse que el trabajo fue remunerado. De suerte, pues, que por este primer aspecto, la motivación del Tribunal es muy deleznable.

b) El hecho de no estar obligado a cumplir un horario especial tampoco es circunstancia que desvirtúe la realidad del vínculo laboral. El horario de trabajo es una modalidad que varía según la índole de la labor que se ejecute. En unos casos será necesario trabajar 8 horas diarias; en otros sólo 6; en otros 12; en otros sin límite de la jornada; y en otros con jornada diferente a la de esos límites, como ocurre en el caso de los contabilistas que trabajan por horas, o, en el de los revisores fiscales o asesores, siempre y cuando que estén en disponibilidad o subordinación constante respecto de su patrono, lo que le permite a éste ocupar sus servicios en el momento en que lo estime necesario y conveniente. Sobre el particular no le cabe a la Sala la menor duda acerca de cuál era la situación del trabajador reclamante, ya que en el texto de la nota de la empresa en que se estipularon las condiciones contractuales se lee: ''... nuestra Junta Directiva, en su reunión de ayer, me autorizó para propóner a usted la elaboración de un contrato que incluya las declaraciones de renta, y una asesoría tributaria *permanente,* por la suma de...'' (subraya la Sala). Esta condición de asesoría permanente de Tamayo Lombana da la nota característica de su vinculación jurídica. Por lo demás, la apreciación del Tribunal del testimonio que le sirve de base al punto referente al horario es notoriamente fragmentaria, ya que lo que dice el doctor Nieto Cano, en lo pertinente es esto:

''En cuanto a la prestación de servicios el señor Tamayo no tenía horario fijo puesto que la índole de su trabajo implicaba que él se presentara en cualquier momento cuando fuere llamado y por un tiempo no determinado de horas. Sí me consta que el señor Tamayo atendió todas las consultas que se le hicieron. El asistía casi diariamente mas no por obligación. En cuanto a una consulta urgente puedo manifestar que si el señor Tamayo era citado por ejemplo a las diez de la mañana, él podía aplazar dicha cita para más tarde, pero no tengo recuerdo ni me consta que jamás lo hubiera hecho. El trabajo lo desarrolló prácticamente en su totalidad dentro de las oficinas de la Compañía en asocio muchas veces del señor Contador General de la Empresa, del señor Revisor Fiscal, de algunos auxiliares de contabilidad y del mismo Gerente''.

Del anterior análisis, surge con evidente claridad que el Sentenciador incurrió en los errores de valoración probatoria que el recurrente le atribuye, ya que los motivos de duda justificada que le reconoce a la demandada carecen de todo fundamento. Máxime cuando ésta se limitó a negar la existencia del contrato de trabajo sin respaldar adecuadamente su actitud. Por consiguiente, el cargo prospera y la sentencia impugnada habrá de casarse parcialmente.

Como motivación de instancia la Sala acoge la del *a-quo,* confirmando la condena por indemnización moratoria.

De conformidad con el artículo 538 del Código Judicial no hay necesidad de estudiar el otro cargo puesto que persigue la misma finalidad del que se deja examinado.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación

Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida y, en su lugar, obrando como Tribunal de Instancia, confirma la condena sobre indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, decretada por el Juzgado *a-quo* en su fallo de fecha 22 de febrero de 1960. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FACULTADES DEL JUEZ DE APELACION. REFORMATIO IN PEIUS. INTERES JURIDICO EN EL RECURSO DE APELACION Y EN EL DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA. LAS PRUEBAS Y EL PRINCIPIO DE LA ADQUISICION PROCESAL.

1. Comparación entre la pretensión de apelación y la pretensión procesal originaria. Examen de la figura de la reformatio in peius. Extensión e intensidad de los poderes del juez de apelación. El principio dispositivo y los medios de impugnación contra las providencias judiciales. La consulta como excepción a dicho principio. Renuncia de las partes al derecho de recurrir y posibilidad de limitar el objeto del recurso. Exigencias de algunas legislaciones extranjeras en cuanto al recurso de apelación. El interés jurídico como presupuesto de todo recurso. El interés jurídico en la apelación y en el recurso extraordinario. 2. Condiciones que exige la jurisprudencia para que el patrono sea exonerado de la sanción moratoria. 3. Las pruebas aducidas por una de las partes aprovechan a la contraria en cuanto le favorezcan.

1. Interpuso el recurso de casación la empresa demandada y, con invocación de la causal primera, formuló tres cargos: el primero relativo a las condenas por cesantía y primas de servicio, el segundo referente a la condena por vacaciones y el tercero tocante a la indemnización moratoria. La Sala se abstiene de examinar los dos primeros por las razones que pasa a exponer:

La apelación fue interpuesta por el apoderado de la Fábrica por medio de escrito. Como no se indicó allí el objeto del recurso, debe entenderse que la inconformidad abarcó todo lo desfavorable a la sentencia de primer grado. Sin embargo, al sustentar dicho apoderado el recurso ante el Tribunal, determinó su alcance en alegación oral, según consta en la audiencia respectiva, en estos términos: "Solicito al honorable Tribunal se revoque la sentencia en lo que respecta a salarios caídos y en su lugar se absuelva a la demandada por este concepto. Por cuanto a las demás condenas, el Juez hizo la compensación con lo que había consignado la empresa".

Como se ve, la pretensión de apelación, que al interponer el recurso comprendió todas las decisiones adversas a la parte demandada, quedó reducida, al sustentarlo, a una sola, la relativa a la condena por indemnización moratoria.

Sobre el particular la Sala debe hacer estas consideraciones:

El segundo grado desempeña el mismo oficio del primero, con poderes iguales al de éste. Su misión es decidir la litis, volverla a examinar de nuevo. Sin embargo, la pretensión de apelación es diferente de la que fue objeto del primer grado, aunque comprenda todas las cuestiones decididas por el a quo. Persigue la eliminación de la decisión impugnada para sustituirla por otra. En el evento de fallo adverso al demandado comprensivo de varios extremos, la pretensión puede ser su revocatoria total o parcial. Se ve clara la diferencia en la segunda hipótesis, pues el objeto de la pretensión de apelación aparece disminuído. En la primera, las solicitudes de absolución o revocatoria de la resolución impugnada imprime a la pretensión de apelación objeto distinto del que fue materia de aquélla.

El tratadista Jaime Juasp, al hablar de la idoneidad de la apelación, escribe: "La pretensión de apelación es un ente distinto de la pretensión procesal originaria y la diferenciación entre una

y otra, que constituye el argumento decisivo a favor de la diferencia de ambos procesos, es el único criterio que permite explicar rasgos esenciales del recurso. Para que la pretensión de apelación sea idónea, es preciso, por lo tanto, que actúe distinguida de la pretensión de primera instancia, aunque coincida la solicitud concreta que en una y otra se deduce" (Derecho Procesal Civil, página 1413).

Explica la diversidad de pretensiones del primero y el segundo grado, el Instituto procesal de la reformatio in peius, consagrado en el artículo 494 del Código Judicial. Significa esta figura, en último término —expone el tratadista citado en la misma obra, página 1414—, que "el proceso de apelación no tiene el mismo ámbito objetivo que el de primera instancia, sino el ámbito estricto que le proporciona la pretensión procesal autónoma que le da vida".

Con referencia a la misma figura procesal dice el expositor Francisco Carnelutti: "La prohibición de la reformatio in peius no es más que un aspecto del principio del gravamen parcial. Y esto no está en modo alguno en contradicción con el otro principio según el cual el Juez de apelación tiene un conocimiento pleno de la litis, como si la sentencia de primer grado no se hubiese pronunciado. Quiere decir esto que el oficio del Juez de apelación consiste en decidir la litis, no sólo en hacer que desaparezca, si le parece injusta, la sentencia apelada, pero no que deba decidir toda la litis. Conviene distinguir entre intensidad y extensión de los poderes del Juez de apelación en comparación con los del Juez de primer grado. En la parte de litis que se le somete, el segundo la juzga con los mismos poderes del primero, pero también puede no juzgarla en su totalidad, si la apelación es parcial. El más o el menos de la litis que se contiene en el proceso, está señalado expresamente por las cuestiones incluídas o excluídas. El fenómeno de la apelación, o en general, de la impugnación parcial, no representa más que un caso, probablemente el más importante, del vasto fenómeno del proceso parcial. Está bien, pues, que el Juez de apelación juzgue como si no existiese la sentencia de primer grado, pero sólo en cuanto a las cuestiones sobre que verse la apelación. En cuanto a lo demás, la sentencia existe y excluye el conocimiento del juez de apelación en virtud de la cosa juzgada". (Estudios de Derecho Procesal. II, 418).

Al explicar el alcance del artículo 494 del Código Judicial, dijo la Corte, Sala de Casación Civil: "El Superior que conoce por apelación de una providencia, tiene un límite que le impide enmendarla en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por el apelante con la sentencia o auto recurrido. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes, y, por tanto, el asunto es visto sólo en la extensión que ellas lo soliciten. Por lo demás, este criterio se aplica también al recurso de casación en lo pertinente" (XLVII, p. 418).

Los medios de impugnación contra las providencias judiciales son derechos en favor de las partes, sujetos al principio dispositivo, a menos que la ley, para casos especiales, disponga lo contrario. Ocurre esto último con el fallo de primer grado totalmente adverso al trabajador o el condenatorio de entidades de derecho público, casos en que el legislador ordena la consulta, la cual persigue los mismos fines de la apelación. De acuerdo con el principio de disposición, las partes pueden renunciar el derecho a los recursos, expresamente, consintiendo la resolución judicial, o de manera tácita, absteniéndose de utilizarlos dentro de los plazos fijados por la ley. Modalidad del mismo principio es la de que si la resolución contiene varios extremos, la inconformidad del recurrente contra la decisión de primer grado —si de apelación se trata— no los abarque todos sino parte de ellos, que fue lo ocurrido en el caso de autos. En efecto, decir, como lo expresó el personero judicial de la parte demandada en la audiencia de alegaciones de segunda instancia, que pedía la revocatoria del fallo del a quo en lo tocante a la condena al pago de indemnización moratoria, agregando que respecto de las tres restantes (cesantía, primas de servicio y vacaciones) su valor quedó compensado con la suma consignada por la sociedad ante el Juez del conocimiento, significa, en buen romance, limitar la apelación a la resolución cuya revocatoria solicitó.

Algunas legislaciones extranjeras (la argentina, por ejemplo) traen la modalidad de la apelación con expresión de agravios, a tal punto que si no se precisan, se declara desierto el recurso por el superior; entienden otras (la italiana anterior a la actual, art. 486) que si la resolución impugnada contiene varios extremos y el apelante ante el superior sustenta uno solo, limita a éste el objeto del recurso, quedando los demás fuera del ámbito de la apelación. La ley procesal colombiana no le impone al apelante la carga de sustentar el recurso, como ocurre con el recu-

rrente en casación, de manera que el Juez de alzada está obligado a revisar la providencia de primer grado sin que haya necesidad de expresar agravios. Tampoco la impugnación de un extremo de la decisión, implica abandono de las restantes. Pero el hecho de solicitar la desestimación de una petición, diciendo que las condenas de las restantes fueron satisfechas por el apelante, muestra su conformidad con lo resuelto por ellas. Es esta la situación procesal de autos.

Ahora bien: presupuesto de todo recurso es el interés jurídico, que debe ser personal, objetivo y directo. Determina ese interés el perjuicio que le depare al litigante la sentencia que impugna. El vencimiento en el primer grado es la causa del perjuicio o gravamen. Lo que busca el apelante en el segundo grado es la reparación de ese gravamen. De ahí que el vencedor carezca de interés para apelar, pues ningún perjuicio le ocasiona la decisión de primer grado. En el caso que se contempla el fallo de primer grado condenó a la sociedad demandada a satisfacer obligaciones en favor de la actora, por estos conceptos: cesantía, primas de servicio, vacaciones e indemnización moratoria.

El superior, a pesar de que el apelante limitó su pretensión a la última, revisó toda la actividad del juzgado a quo. Sin embargo no varió la cuantía de la condena por las tres primeras obligaciones. Las confirmó sin alteración alguna; modificó la última para disminuír su importe.

Como se ve, en relación con cesantía, vacaciones y primas de servicio, obligaciones satisfechas por la parte demandada según el apelante, excluídas por tal motivo de la pretensión de apelación, carece aquél de interés jurídico en casación. Lo tendría, si el Tribunal hubiera, al decidir, aumentado el valor de las condenas, esto es, si hubiera incurrido en el vicio de la reformatio in peius. No habiendo variado el ad quem la situación procesal del único apelante y habiendo concretado éste el objeto del recurso a la condena por indemnización moratoria únicamente, su falta de interés jurídico respecto de las otras tres condenas, que por su propia voluntad alcanzaron la fuerza de cosa juzgada material, quedan fuéra del ámbito del recurso extraordinario.

2. Lo fundamental para saber si la sentencia acusada debió o no aplicar el precepto contenido en el artículo 65 del Código del Trabajo, era saber si la conducta del patrono lo hacía acreedor a la dispensa de la sanción establecida en tal norma. La jurisprudencia admite la exoneración cuando aquél niega el contrato laboral y, en consecuencia, se abstiene de consignar suma alguna en favor del trabajador, justificando su actitud con razones valederas y aportando al proceso las pruebas del caso, de las cuales pueda el fallador llegar al convencimiento de que obró de buena fe.

3. El reparo atinente a la fecha en que terminó el contrato de trabajo, consignado en el documento en que la empresa demandada hizo la liquidación de prestaciones, carece de fundamento. Trátase de prueba aportada al juicio por la sociedad, que no le está permitido repudiar. A ello se opone el principio de adquisición procesal, en virtud del cual las pruebas aducidas por una de las partes aprovechan a la contraria en cuanto le favorezcan, en vista de la unidad de la relación procesal.

De la relación entre la primera instancia y la segunda, deduce el expositor Chiovenda, entre otras consecuencias, las siguientes: a) El material de conocimiento reunido en primera instancia pertenece sin más a la segunda, teniendo la misma importancia en el segundo grado las pruebas recogidas en el primero; y b) No cabe negar en segunda instancia la autenticidad del documento reconocido o tenido por reconocido en primera instancia, excepto el caso de rebeldía en ésta (Instituciones, T. 3º, p. 380).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Beatriz Sarmiento demandó, en juicio ordinario laboral, a la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Fábrica de Tejidos Lafayette", representada por su Gerente, para que por sentencia se la condene al pago de $ 64.724.04 importe de deudas a su cargo por estos conceptos: auxilio por enfermedad profesional; indemnización ordinaria de perjuicios, o, en subsidio, indemnización por incapacidad permanente total equivalente a 24 meses de salario; gastos de hospitalización, a $ 15.00 diarios, en 24 meses; multa de $ 10.00 diarios por falta de asistencia médica; auxilio de cesantía durante año y medio; reajuste de remuneración dominical; valor de drogas, de radiografías, asistencia médica, etc.; primas de servicio; vacaciones y salarios

caídos a partir del 16 de abril de 1955 hasta la fecha de la demanda. Pide también la condena en costas.

De los hechos fundamentales del libelo se destacan éstos: Beatriz Sarmiento ingresó a la Fábrica de Tejidos el 29 de noviembre de 1953, con sueldo de $ 2.50 diarios, elevado a $ 324.50 mensuales desde marzo de 1954. El 15 de abril de 1955 se le descubrió una infiltración apical tuberculosa, por lo cual fue incapacitada para trabajar durante 180 días. La afección tuvo por causa las altas temperaturas a que estuvo sometida en el desempeño de sus labores y a las pésimas condiciones higiénicas de la Fábrica. En vista del carácter infectocontagioso de la enfermedad, el patrono está obligado a tratarla directamente. La empresa se negó a suministrarle a la demandante el tratamiento médico que requería su afección, por lo cual tuvo ella que costearlo, como también la sobrealimentación que su caso demandaba. El aire viciado y la temperatura anormal en que le tocó trabajar a la actora dieron por resultado la enfermedad profesional de que padece. La actora prestó servicios en domingos y feriados sin recibir salario sencillo ni la doble remuneración establecida por la ley. Por haber violado la empresa sus obligaciones la demandante dio por terminado el contrato de trabajo. Al expirar éste el patrono no le cubrió las prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho, ni siquiera el auxilio de cesantía.

Como fundamentos de derecho cita la demanda los artículos 200, 204, 216 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

La Fábrica de Tejidos, en la respuesta a la demanda, negó la mayoría de los hechos en que se funda, expresando de los demás que no le constan o que contienen apreciaciones jurídicas. Manifiesta que el Seguro Social le pagó auxilio en dinero a la actora por la enfermedad no profesional de que padeció. Se opuso a las pretensiones de la demandante.

El Juzgado 3º del Trabajo de Bogotá decidió la litis por sentencia del 19 de abril de 1959. En ella condena a la Fábrica de Tejidos a pagar a la demandante (numeral primero), lo siguiente: a) Por cesantía $ 355.11; b) Por primas de servicio $ 147.51; c) Por vacaciones $ 95.85; d) Por indemnización moratoria $ 1.132.03. El numeral segundo ordena descontar de las anteriores condenas la suma de $ 455.00 consignada por la empresa y recibida por el personero de la demandante. El numeral tercero la absuelve de los demás cargos y el cuarto la condena al 30% de las costas.

Apeló únicamente la parte demandada. Conoció del recurso de alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. La relación de segundo grado terminó por sentencia del 8 de junio de 1959. Su parte resolutiva (numeral 1º) confirma los ordinales a), b) y c) del numeral primero del fallo de primer grado. El numeral 2º modifica el ordinal d) del numeral 1º del fallo del *a-quo* y, en su lugar, condena a la Fábrica de Tejidos a pagar a la demandante la suma de $ 1.131.03 por indemnización moratoria. El numeral 3º confirma los numerales segundo y tercero de la providencia de primera instancia. Se abstuvo de la condena en costas.

Interpuso el recurso de casación la parte demandada, que le fue concedido. Aquí fue admitido el recurso y como se halla debidamente preparado, la Sala lo decide a continuación.

La demanda de casación.

Solicita el *petitum* que la Corte case parcialmente el fallo del *ad-quem* en cuanto confirma los literales a) y b); numeral primero de la sentencia del *a-quo,* los cuales deben modificarse reduciendo el importe de las condenas de que ellos tratan, en cuanto a cesantía y primas de servicio. La condena por vacaciones y la relativa a indemnización moratoria (literales c y d del numeral primero de la referida sentencia) confirmado el c) y modificado el d) por el Tribunal, deben ser revocados.

Se invoca la primera causal de casación. El alegato que sustenta el recurso formula tres cargos.

El primero, relativo a las condenas por cesantía y primas de servicio, acusa violación de los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación e infracción de los artículos 249 y 306 ibídem, por aplicación indebida. El segundo cargo contempla la condena por vacaciones y afirma que la sentencia viola, por aplicación indebida, los artículos 186 y 189 de la obra citada. Se produjo el quebranto de los textos legales a causa de error de hecho evidente, por falta de estimación de unas pruebas y equivocada apreciación de otras.

El recurrente puntualiza el error de hecho, señala las pruebas que el Tribunal no aprecia y las que estima con desacierto; aduce las consideraciones que en su concepto demuestran los dos cargos y la consiguiente infracción de las normas legales relacionadas.

Se abstiene la Sala de examinar los dos primeros cargos por las razones que pasa a exponer:

La apelación fue interpuesta por el apoderado de la Fábrica de Tejidos por medio de escrito (f. 20). Como no se indicó allí el objeto del

recurso, debe entenderse que la inconformidad abarcó todo lo desfavorable de la sentencia de primer grado. Sin embargo, al sustentar dicho apoderado el recurso ante el Tribunal, determinó su alcance en alegación oral, según consta en la audiencia respectiva, en estos términos (f. 126): "Solicito al honorable Tribunal se revoque la sentencia en lo que respecta a salarios caídos y en su lugar se absuelva a la demandada por este concepto. Por cuanto a las demás condenas, el Juez hizo la compensación con lo que había consignado la empresa".

Como se ve, la pretensión de apelación, que al interponer el recurso comprendió todas las decisiones adversas a la parte demandada, quedó reducida, al sustentarlo, a una sola, la relativa a la condena por indemnización moratoria.

Sobre el particular la Sala debe hacer estas consideraciones:

El segundo grado desempeña el mismo oficio del primero, con poderes iguales al de éste. Su misión es decidir la litis, volverla a examinar de nuevo. Sin embargo, la pretensión de apelación es diferente de la que fue objeto del primer grado, aunque comprenda todas las cuestiones decididas por el *a-quo*. Persigue la eliminación de la decisión impugnada para sustituírla por otra. En el evento de fallo adverso al demandado comprensivo de varios extremos, la pretensión puede ser su revocatoria total o parcial. Se ve clara la diferencia en la segunda hipótesis, pues el objeto de la pretensión de apelación aparece disminuído. En la primera, la solicitud de absolución o revocatoria de la resolución impugnada imprime a la pretensión de apelación objeto distinto del que fue materia de aquélla.

El tratadista Jaime Juasp, al hablar de la idoneidad de la apelación, escribe: "La pretensión de apelación es un ente distinto de la pretensión procesal originaria y la diferenciación entre una y otra, que constituye el argumento decisivo a favor de la diferencia de ambos procesos, es el único criterio que permite explicar rasgos esenciales del recurso. Para que la pretensión de apelación sea idónea, es preciso, por lo tanto, que actúe distinguida de la pretensión de primera instancia, aunque coincida la solicitud concreta que en una y otra se deduce" (Derecho Procesal Civil, p. 1413).

Explica la diversidad de pretensiones del primero y el segundo grado, el instituto procesal de la *reformatio in peius*, consagrado en el artículo 494 del Código Judicial. Significa esta figura, en último término, expone el tratadista citado en la misma obra (pg. 1414) que "el proceso de apelación no tiene el mismo ámbito objetivo que el de primera instancia, sino el ámbito estricto que le proporciona la pretensión procesal autónoma que le da vida".

Con referencia a la misma figura procesal dice el expositor Francisco Carnelutti: "La prohibición de la *reformatio in peius* no es más que un aspecto del principio del gravamen parcial. Y esto no está en modo alguno en contradicción con el otro principio según el cual el Juez de apelación tiene un conocimiento pleno de la litis, como si la sentencia de primer grado no se hubiese pronunciado. Quiere decir esto que el oficio del Juez de apelación consiste en decidir la litis, no solo en hacer que desaparezca, si le parece injusta, la sentencia apelada, pero no que deba decidir toda la litis. Conviene distinguir entre intensidad y extensión de los poderes del Juez de apelación en comparación con los del Juez de primer grado. En la parte de litis que se le somete, el segundo la juzga con los mismos poderes del primero, pero también puede no juzgarla en su totalidad, si la apelación es parcial. El más o el menos de la litis que se contiene en el proceso, está señalado expresamente por las cuestiones incluídas o excluídas. El fenómeno de la apelación, o en general de la impugnación parcial, no representa más que un caso, probablemente el más importante, del vasto fenómeno del proceso parcial. Está bien pues que el Juez de apelación juzgue como si no existiese la sentencia de primer grado, pero solo en cuanto a las cuestiones sobre que verse la apelación. En cuanto a lo demás, la sentencia existe y excluye el conocimiento del juez de apelación en virtud de la cosa juzgada" (Estudios de Derecho Procesal, t. II, p. 418).

Al explicar el alcance del artículo 494 del Código Judicial, dijo la Corte, Sala de Casación Civil: "El superior que conoce por apelación de una providencia, tiene un límite que le impide enmendarla en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por el apelante con la sentencia o auto recurrido. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por tanto, el asunto es visto solo en la extensión que ellas lo soliciten. Por lo demás, este criterio se aplica también al recurso de casación en lo pertinente" (XLVII, p. 418).

Los medios de impugnación contra las providencias judiciales son derechos en favor de las partes, sujetos al principio dispositivo, a menos

que la ley, para casos especiales, disponga lo contrario. Ocurre esto último con el fallo de primer grado totalmente adverso al trabajador o el condenatorio de entidades de derecho público, casos en que el legislador ordena la consulta, la cual persigue los mismos fines de la apelación. De acuerdo con el principio de disposición, las partes pueden renunciar el derecho a los recursos, expresamente, consintiendo la resolución judicial, o de manera tácita, absteniéndose de utilizarlos dentro de los plazos fijados por la ley. Modalidad del mismo principio es la de que si la resolución contiene varios extremos, la inconformidad del recurrente contra la decisión de primer grado —si de apelación se trata— no los abarque todos sino parte de ellos, que fue lo ocurrido en el caso de autos. En efecto, decir, como lo expresó el personero judicial de la parte demandada en la audiencia de alegaciones en segunda instancia, que pedía la revocatoria del fallo del *a-quo* en lo tocante a la condena al pago de indemnización moratoria, agregando que respecto de las tres restantes (cesantía, primas de servicio y vacaciones) su valor quedó compensado con la suma consignada por la sociedad ante el Juez del conocimiento, significa, en buen romance, limitar la apelación a la resolución cuya revocatoria solicitó.

Algunas legislaciones extranjeras (la argentina, por ejemplo) traen la modalidad de la apelación con expresión de agravios, a tal punto que si no se precisan, se declara desierto el recurso por el superior; entienden otras (la italiana anterior a la actual, art. 486) que si la resolución impugnada contiene varios extremos y el apelante ante el superior sustenta uno solo, limita a éste el objeto del recurso, quedando los demás fuera del ámbito de la apelación. La ley procesal colombiana no le impone al apelante la carga de sustentar el recurso, como ocurre con el recurrente en casación, de manera que el Juez de alzada está obligado a revisar la providencia de primer grado sin que haya necesidad de expresar agravios. Tampoco la impugnación de un extremo de la decisión, implica abandono de las restantes. Pero el hecho de solicitar la desestimación de una petición, diciendo que las condenas de las restantes fueron satisfechas por el apelante, muestra su conformidad con lo resuelto en ellas. Es esta la situación procesal de autos.

Ahora bien: presupuesto de todo recurso es el interés jurídico, que debe ser personal, objetivo y directo. Determina ese interés el perjuicio que le depare al litigante la sentencia que impugna. El vencimiento en el primer grado es la causa del perjuicio o gravamen. Lo que busca el apelante en el segundo grado es la reparación de ese gravamen. De ahí que el vencedor carezca de interés para apelar, pues ningún perjuicio le ocasiona la decisión de primer grado. En el caso que se contempla el fallo de primer grado condenó a la sociedad a satisfacer obligaciones en favor de la actora, por estos conceptos: cesantía, primas de servicio, vacaciones e indemnización moratoria.

El superior, a pesar de que el apelante limitó su pretensión a la última, revisó toda la actividad del Juzgado *a-quo*. Sin embargo, no varió la cuantía de las condenas por las tres primeras obligaciones. Las confirmó sin alteración alguna; modificó la última para disminuír su importe.

Como se ve, en relación con cesantía, vacaciones y primas de servicio, obligaciones satisfechas por la parte demandada según el apelante, excluídas por tal motivo de la pretensión de apelación, carece aquél de interés jurídico en casación. Lo tendría, si el Tribunal hubiera decidido aumentando el valor de las condenas, esto es, si hubiera incurrido en el vicio de la *reformatio in peius*. No habiendo variado el *ad-quem* la situación procesal del único apelante y habiendo concretado éste el objeto del recurso a la condena por indemnización moratoria únicamente, su falta de interés jurídico respecto de las otras tres condenas, que por su propia voluntad alcanzaron la fuerza de la cosa juzgada material, quedan fuera del ámbito del recurso extraordinario.

Tercer cargo.

Violación del artículo 595 del Código Judicial en relación con el 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, a causa de error de hecho por mala apreciación de una prueba y falta de estimación de otras.

Como prueba mal apreciada cita el cargo la minuta del folio 108, y como pruebas dejadas de apreciar, las siguientes: la demanda inicial en sus hechos 6º y 23 y en la petición de su numeral 6º (fs. 10 a 12); y la constancia sobre notificación de la demanda (f. 19).

Para demostrar el cargo expone el recurrente:

La sentencia dice que no hay prueba de que sólo con la demanda se enteró la sociedad del retiro de la actora y procedió a efectuar la liquidación, lo cual equivale a una excepción que aquélla debía probar. Refuta el concepto diciendo que se trata de negación indefinida, no susceptible de comprobación, según el artículo 595 del Código Judicial.

Afirma el Tribunal que no es dable admitir que sólo con la notificación del libelo conoció la

sociedad el hecho de la terminación del contrato, lo cual es un error, ya demostrado en los cargos anteriores. Asevera también el impugnador que el libelo no indicó la fecha de la expiración del vínculo, incidiendo la sentencia en otro error, porque en el cargo anterior —anota el recurrente— se demostró cuándo terminó el contrato. Comentando aquél el paso de la decisión, según el cual "tal circunstancia hace pensar que la empresa en caso de que no hubiera efectuado la liquidación, sí tenía en su poder datos acerca de la fecha de la terminación de la relación" y que por tanto existió mala fe de su parte al retardar la consignación, anota que el concepto es inconcebible. Si la sentencia —agrega— no se hubiera abstenido de apreciar las pruebas relacionadas, habría encontrado que la actora dio por terminado unilateralmente el contrato en fecha cierta (hecho 23 de la demanda y petición de su numeral 6º); que, por lo mismo, fue equivocada, en cuanto a la fecha de extinción del vínculo, la minuta del folio 108; que la afirmación de la negación indefinida de la demandada de que solo con la notificación del libelo supo la terminación de la relación laboral, era cierta, y no podía ser desvirtuada; y, por último, que no había lugar a declarar probada la mala fe de la sociedad al retardar la consignación. Además, enseña la jurisprudencia que sólo cuando en autos hay prueba concluyente sobre la mala fe patronal, cabe la condena por salarios caídos.

El apoderado de la parte opositora refuta la acusación así: el patrono no puede ignorar la conclusión del contrato con un asalariado que trabaja en su propia fábrica. En la demanda se afirma (hecho 12) que la empresa había sido citada a audiencia de conciliación, y respondió que se atenía a lo que apareciera del acta (f. 2); según comprobante del Seguro Social (f. 60) la trabajadora fue incapacitada para trabajar desde el 11 de abril de 1955. Enterada la empresa de esos documentos no puede sostener el recurrente que se enteró de la expiración del contrato a la fecha de la notificación de la demanda.

Se estudia el cargo.

Dice el Tribunal al examinar la petición sobre indemnización moratoria:

Ha sostenido la parte demandada que tuvo noticia del retiro de la actora al presentar ésta su demanda y que por eso sólo el 4 de abril de 1956 hizo la consignación de lo que creía deberle. Sin embargo, en la inspección ocular sobre documentos de la sociedad aparece que el contrato con Beatriz Sarmiento terminó el 7 de octubre de 1955. No tiene fecha cierta la liquidación que contiene el documento, por lo que se debe concluír que no hay prueba de que sólo con la demanda conoció la sociedad el retiro de la trabajadora y procedió a efectuar la liquidación hecho exceptivo que ha debido probar. No es aceptable la tesis de que sólo ante la presentación de la demanda se enteró la sociedad que el 7 de octubre de 1955 se retiró de su servicio la demandante, por cuanto el libelo inicial no indicó la fecha, pues la demandada sí tenía en su poder datos acerca del día de expiración del vínculo, "con lo cual no puede sostenerse con fundamento que existió buena fe" al retardar la consignación. "Síguese de allí que existió entre el 7 de octubre de 1955 y el 4 de abril de 1956 una demora de 5 meses 27 días para efectuar la consignación judicial que exonera al patrono de la sanción de los salarios caídos en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y por ende deberá accederse a la súplica de la demanda en relación con tal indemnización..."

La Sala observa:

La prueba mal apreciada es el documento del folio 108. Fue exhibido en diligencia de inspección ocular practicada en primera instancia por el apoderado de la parte demandada. Dice en lo pertinente: "Liquidación del auxilio de cesantía y prestaciones sociales al dar por terminado el contrato de trabajo. Nombre Beatriz Sarmiento... Fecha de entrada: Noviembre 30 de 1953. Fecha de salida: octubre 7/55. Trabajó un año, diez meses, siete días". Hace en seguida la liquidación de primas de servicio y cesantía, cuyo importe es la suma de $ 455.46.

La prueba no apreciada es la siguiente:

La demanda inicial. (Hechos 6º y 23 y súplica del numeral 6º).

Afirma el hecho 6º (f. 11) que el 15 de abril de 1955 se le descubrió a la actora una afección tuberculosa, por lo cual se la incapacitó para trabajar durante 180 días. Y el 23, que por haber incumplido el patrono sus obligaciones, la demandante dio por terminado el contrato de trabajo (f. 12). La súplica del numeral 6º pide la condena por salarios caídos, a partir del 16 de abril de 1955 hasta la fecha de la demanda.

Notificación de la demanda. Se efectuó el 21 de marzo de 1956 (f. 19).

Consideraciones de la Corte:

I. Existe discrepancia entre la fecha en que terminó el contrato según el libelo inicial (15 de abril de 1955) y la que señala el documento de

liquidación de prestaciones sociales (7 de octubre de 1955). Para el recurrente el Tribunal ha debido tomar la primera y no la segunda, para lo cual la que indica el documento debió considerarla equivocada. Por tal motivo incurrió, en su concepto, en error de hecho evidente.

Para los fines del cargo —violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo— por indebida aplicación, proveniente de error de hecho, la determinación de la fecha en que el contrato expiró sirve únicamente de punto de partida para el comienzo de la sanción establecida en la citada norma legal. No es eso lo fundamental para saber si la sentencia debió o no aplicar el precepto en referencia, sino si la conducta del patrono lo hacía acreedor a la dispensa de la sanción establecida en el artículo 65. La jurisprudencia admite la exoneración cuando aquél niega el contrato laboral y, en consecuencia, se abstiene de consignar suma alguna en favor del trabajador, justificando su actitud con razones valederas y aportando al proceso las pruebas del caso, de las cuales pueda el fallador llegar al convencimiento de que obró de buena fe.

El impugnador sostiene que su mandante procedió de buena fe, pues sólo tuvo noticia de su vinculación laboral con la actora el día en que le fue notificado el auto admisorio de la demanda promotora del juicio (21 de marzo de 1956).

Contradicen la aseveración las siguientes pruebas del proceso:

a) El documento del folio 108 transcrito antes.

De acuerdo con su contenido, las partes celebraron un contrato de trabajo con fecha 30 de noviembre de 1953, terminado el 7 de octubre de 1955.

b) El memorial de consignación de prestaciones sociales en favor de la actora por la suma de $ 455.46, igual a la que registra el documento del folio 108, presentado al Juzgado del conocimiento el 4 de abril de 1956 (f. 23).

c) La respuesta a la demanda (fs. 21 y 22).

Niega sus hechos fundamentales. Sin embargo, al contestar el 24, dice su apoderado: "La empresa que apodero se ha enterado, con la presente demanda, de la ruptura unilateral del contrato por la demandante; esto por lo que respecta a la cesantía. El auxilio en dinero por enfermedad no profesional lo recibió la actora del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales...". "La Sociedad que apodero ha consignado lo que cree deber a la demandante".

II. De las pruebas relacionadas resulta: que la sociedad demandada tenía pleno conocimiento de su vinculación laboral con la demandante. Tan convencida estaba del hecho que le liquidó las prestaciones sociales que estimó deberle y procedió a consignar su importe judicialmente.

No se trata, como se ve, del evento contemplado por la jurisprudencia para exonerar al patrono de la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, sobran las consideraciones del *ad-quem* sobre la buena o mala fe patronal y carecen en absoluto de fundamento las razones que expone el recurrente en el sentido de que la sociedad sí procedió de buena fe en sus relaciones con la actora. Si bien negó aquélla el contrato de trabajo, de las pruebas que suministró resulta su plena demostración. La realidad procesal desautoriza la tesis de que la Fábrica de Tejidos se enteró de que la vinculaba a la actora un contrato laboral a la fecha de la notificación de la demanda inicial.

III. El reparo contra la admisión del hecho consignado en el documento del folio 108, carece de fundamento. Trátase de prueba aportada al juicio por la sociedad, que no le está permitido repudiar. A ello se opone el principio de adquisición procesal, en virtud del cual, las pruebas aducidas por una de las partes aprovechan a la contraria en cuanto le favorezcan, en vista de la unidad de la relación procesal.

De la relación entre la primera instancia y la segunda, deduce el expositor Chiovenda, entre otras consecuencias, las siguientes: a) El material de conocimiento reunido en primera instancia pertenece sin más a la segunda, teniendo la misma importancia en el segundo grado las pruebas recogidas en el primero; y b) No cabe negar en segunda instancia la autenticidad del documento reconocido o tenido por reconocido en primera instancia, excepto el caso de rebeldía en ésta. (Instituciones, T. 3º, p. 380).

IV. No sobra agregar lo siguiente:

El reparo de que el fallador tomó como fecha de expiración del vínculo el 7 de octubre y no el 15 de abril de 1955, incide en las condenas por cesantía, primas de servicios y vacaciones, descartadas en casación. La fecha posterior, para los fines de la indemnización moratoria, antes que perjudicar, beneficia al recurrente, como bien lo observa el mandatario judicial de la parte opositora. En efecto, demostrada en el juicio la existencia del contrato y el hecho de haber efectuado la sociedad la consignación judicial de lo que estimó deber a la demandante con retardo, si la relación de trabajo terminó el 15 de abril

y no el 7 de octubre de 1955, la fecha de mora habrá sido, según el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo el 16 de abril del año expresado y no el 8 de octubre del mismo. Frente a la situación descrita, la censura contra el fallo del *ad-quem* por violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta notoriamente inconducente.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *no casa* la sentencia, recurrida dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DEL SALARIO EN RAZON DEL CAMBIO DE FUNCIONES DEL TRABAJADOR. ERROR ARITMETICO Y RECURSO DE CASACION.

1. La simultaneidad no es requisito esencial para que se pueda aplicar el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo. 2. Para la corrección de un error puramente aritmético no es viable el recurso de casación.

1. Acusa el recurrente la sentencia de segundo grado de interpretación errónea del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, porque el fallador entiende que la aplicación del referido artículo requiere la simultaneidad de los cargos desempeñados por los trabajadores cuyos salarios se solicita nivelar, ya que sin este requisito no es posible comparar la igualdad de funciones y eficiencia.

Esta Sala de la Corte ya tuvo oportunidad de exponer su opinión, que ahora reafirma, en torno al debatido aspecto del artículo 143. En efecto, en sentencia de 6 de junio de 1958, dijo lo que sigue:

"Desde luego, lo común... es que dos o más trabajadores presten sus servicios en cargos equiparables. Mas de allí no se deduce que si un trabajador reemplaza a otro en empleo o cargo en que haya de ejercer funciones iguales a las del trabajador reemplazado y que supone una remuneración mejor, no se cumpla el correlativo aumento del salario. Al respecto conviene tener en cuenta que ciertas actividades, por ejemplo las inherentes a los puestos de dirección (Gerentes, Jefes de Personal, etc.) no suelen darse sincronizadamente. Y sería contrario al espíritu de equidad que orientó a los redactores del Código Sustantivo del Trabajo y que debe guiar a sus intérpretes, situar esas actividades fuera del alcance de los artículos 74 y 143" (Gaceta Judicial, LXXXVIII, 316 y siguientes).

Así, pues, la simultaneidad no es requisito esencial para que surja el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de quien se reemplaza en el desempeño de idénticas funciones, en una misma empresa o establecimiento.

Y como en el caso de autos el Tribunal se abstuvo de dar aplicación al artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo por la sola consideración de que no se estableció que el desempeño de los cargos mejor remunerados a que sucesivamente fue trasladado el actor, hubiese sido simultáneo con otros cargos iguales, resulta demostrado que incurrió en equivocada interpretación de esa disposición legal, y por lo tanto, en lo pertinente deberá casarse el fallo acusado.

2. El segundo cargo acusa violación de los artículos 64 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de error de hecho consistente en la falta de apreciación de la inspección ocular. Alega el recurrente que en virtud de la mencionada prueba quedó establecida claramente la fecha en que se inició la relación laboral y que de acuerdo con ella y con el sueldo que devengaba el trabajador, el fallo ha debido condenar a la empresa, por concepto de lucro cesante, a pagarle a aquél la suma de $ 3.330.00, en vez de $ 3.060.00 a que realmente la condenó.

Examinada cuidadosamente la sentencia acusada en lo referente al punto en estudio, la Sala concluye que no aparece evidente el error de hecho que el recurrente le imputa, pues todo indica que sí se tuvo en cuenta la fecha correcta, establecida en la inspección ocular. Más parece, como lo sugiere el opositor, que se trata de un error puramente aritmético, para cuya corrección no es viable este recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Polearco Rodríguez Fernández, por medio de apoderado, demandó a la sociedad denominada "Acerías Paz del Río S. A." para que fuera condenada a pagarle las sumas que resulten a su favor por concepto de reajuste de salarios, lucro cesante, remuneración de trabajo en horas extras nocturnas, indemnización por mora y las costas del juicio.

Dijo en su demanda que comenzó a prestar sus servicios a la sociedad demandada, el 22 de marzo de 1954, como ayudante de contabilidad, con un sueldo de $ 400.00 mensuales; que posteriormente se le trasladó a los cargos de contador de producción y de supervisor general de contabilidad, en Bogotá, sin que le fuese nivelado el sueldo con el que recibían los empleados a quienes reemplazó, cuyo monto era de $ 550.00 y de $ 600.00 mensuales, respectivamente, no obstante haber ejercido las mismas funciones asignadas a ellos, con las mismas jornadas de trabajo y en condiciones de eficiencia iguales; que desde el 20 de agosto de 1955 se le promovió al cargo de contador Jefe de la Sección Segunda, Costos y Estadística de la contabilidad de Planta de Belencito, con el sueldo mensual de $ 900.00; que el 7 de octubre de ese año la entidad demandada le comunicó su decisión de trasladarlo nuevamente a Bogotá y que el 26 siguiente le confirmó el traslado dicho y le manifestó que con retroactividad al 11 inmediatamente anterior desempeñaría el cargo de Contador Jefe de la Sección de Costos y Estadística con un sueldo de $ 650.00; que el 27 del mismo mes Rodríguez manifestó su inconformidad, por habérsele desmejorado el sueldo en relación con el que devengaba en Belencito; que después de haberse cruzado entre las partes algunas notas sobre el particular, el trabajador notificó a la empresa su determinación de dar por finalizado el contrato de trabajo, alegando como motivo justificativo el contemplado en el ordinal b), numeral 2º del artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo; que la empresa, en oficio del 28 de noviembre de 1955, aceptó la terminación del contrato, a partir del 30 de ese mes, y le anunció la liquidación de las prestaciones sociales; que sólo el 10 de diciembre siguiente, es decir con un retardo de diez días, la entidad demandada le pagó, por concepto de tales prestaciones, la cantidad de $ 1.732.72; que laboró y no le fueron remuneradas, 96 horas extras en jornada nocturna, durante el tiempo en que prestó sus servicios en Belencito; que la prima correspondiente al primer semestre de 1955 no se le cubrió de acuerdo con los sueldos a que tenía derecho por consecuencia de la nivelación con los que devengaron los empleados a quienes reemplazó; que la prima correspondiente al semestre de julio a diciembre de 1955 tampoco se le liquidó en debida forma; que las vacaciones correspondientes al lapso comprendido entre el 22 de marzo de 1954 y el 21 de marzo de 1955, de las cuales gozó, se le liquidaron con un salario inferior al que le correspondía; que el auxilio de cesantía no se le liquidó sobre el salario que devengaba en el momento de la terminación del contrato, ni teniendo en cuenta el trabajo en horas extras; y que, por último, la sociedad demandada no le ha pagado el lucro cesante derivado del incumplimiento del contrato de trabajo, ni el excedente de las primas de servicio, vacaciones y cesantía, ni los salarios caídos por el retardo en cancelar las prestaciones.

Fundó su derecho en los artículos 64, 65, 66, 143, 159, 160, 168, 169, 189, 249 y siguientes, 253 y 306 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

En la contestación, la entidad demandada niega algunos hechos; respecto de otros, se atiene a lo que en el juicio resulte comprobado, y en cuanto a salarios y prestaciones afirma que pagó al actor lo que estimaba deberle.

El Juzgado 1º del Trabajo del Circuito judicial de Bogotá, que conoció del negocio, lo resolvió así:

"1º Condenar a la empresa denominada Acerías Paz del Río S. A., a pagar a Polearco Rodríguez, mayor de edad y vecino de Bogotá, las siguientes cantidades:

"a) Dos mil setenta y cinco pesos ($ 2.075.00) moneda corriente por reajuste de salarios;

"b) Tres mil setecientos sesenta pesos ($ 3.760.00) moneda corriente, como indemnización proveniente de la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo;

"c) Quinientos noventa y tres pesos con cincuenta y dos centavos ($ 593.52) moneda corriente, por reajuste de cesantía;

"d) Ciento setenta y cinco pesos ($ 175.00) moneda corriente, por reajuste de vacaciones;

"e) Ciento sesenta y ocho pesos con sesenta y seis centavos ($ 168.66) moneda corriente, por reajuste de primas de servicios, y

"f) Treinta pesos diarios ($ 30.00) moneda corriente, desde el primero de diciembre, inclusive, hasta cuando se paguen las anteriores cantidades.

"2º Absolver a la empresa denominada Acerías Paz del Río S. A., de la petición sobre horas suplementarias.

"3º Condenar en costas a la parte demandada".

Apelada esta providencia por la demandada para ante el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— éste, al desatar el recurso, dispuso:

"1º Modificar el numeral primero de la sentencia objeto del presente recurso de apelación en el sentido de condenar a Acerías Paz del Río S. A.", representada por su presidente, Ignacio Umaña de Brigard, o por quien haga sus veces, a pagar a Polearco Rodríguez Fernández únicamente lo siguiente:

"a) Tres mil sesenta pesos moneda legal ($ 3.060.00) por concepto de lucro cesante;

"b) Quinientos noventa y tres pesos ($ 593) moneda legal por concepto de reajuste de compensación de vacaciones;

"d) Catorce pesos con setenta y seis centavos ($ 14.76) moneda legal por concepto de reajuste de las primas de servicios correspondientes al segundo semestre del año de 1955;

"e) Ciento cincuenta pesos ($ 150.00) moneda legal por concepto de salarios caídos.

"2º Modificar el numeral segundo de la misma sentencia en el sentido de absolver a la sociedad demandada de los restantes cargos formulados en su contra por el demandante.

"3º Modificar el numeral tercero de la misma sentencia en el sentido de imponer a la parte demandada la obligación de pagar el 75% de las costas causadas en la primera instancia.

"4º No hacer condenación en costas en esta instancia".

Contra el fallo de segundo grado, ambas partes interpusieron el recurso de casación que les fue concedido. A su turno esta Sala lo admitió, y tramitado en debida forma, va a decidirlo.

RECURSO DEL DEMANDANTE

Invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, y con la finalidad de que se case parcialmente el fallo impugnado y de que, convertida la Sala en Tribunal de instancia, confirme el fallo del *a-quo* en lo relativo a la nivelación de salarios y a la indemnización moratoria, y reforme el de segunda instancia en el sentido de ampliar a la suma de $ 3.330.00 la condena por lucro cesante, formula tres cargos, que se examinarán a continuación:

Primer cargo.

Acusa por infracción directa del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, la que hace consistir en haber dejado de aplicar dicha disposición, siendo aplicable, en lo que concierne al reajuste de salarios solicitado en el libelo de demanda.

El recurrente sintetiza así la situación de hecho demostrada en el juicio: "Rodríguez Fernández siendo trabajador de la persona demandada, fue trasladado a dos cargos en dos ocasiones distintas, reemplazando a empleados de la misma Institución sin que en ninguna de las dos ocasiones se le nivelara su sueldo a la altura del que devengaban los sustituídos. Rodríguez Fernández desempeñó sus funciones en la misma jornada de trabajo y con igual eficiencia a la de las personas sustituídas".

Pero —agrega— el Tribunal, no obstante dar por demostrados tales hechos, entendió que para ser viable "la comparación de las jornadas de trabajo y de la eficiencia de los trabajadores", de que trata el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, se requiere la "coetaneidad de cargos". El recurrente sostiene que este criterio es erróneo porque la citada disposición no presume la simultaneidad de cargos o funciones. "El trabajo igual —dice— no deja de ser igual porque haya un solo cargo o dos. Esto quiere decir que la igualdad de trabajo puede presentarse simultáneamente o en tiempos sucesivos. El que en el momento en que trabajaba Rodríguez como Contador de Producción o como Supervisor de Contabilidad General no existiera o no se hubiera probado que había otro cargo igual, no significa que la identidad del cargo desapareciera".

De lo anotado deduce que la interpretación equivocada del precepto condujo al fallador de segunda instancia a dejarla de aplicar al caso, violándola directamente.

El opositor encuentra que el cargo está técnicamente mal formulado, pero que en el supuesto de que no fuera defectuoso, tendría que llegarse a la conclusión de que la interpretación que le dio el Tribunal al texto legal invocado por el impugnador fue exacta y ajustada a la más sana lógica jurídica, ya que sostener que cuando un trabajador pasa de un cargo a otro debe tener

la misma remuneración que el reemplazado, es cambiar la tesis de "a trabajo igual, salario igual" por la de que cada puesto tiene una remuneración fija.

Se considera:

Aunque la enunciación del cargo ofrece alguna confusión acerca de la modalidad del quebrantamiento de la norma que cita el desarrollo, en cambio, no deja duda de que el recurrente pretende demostrar una interpretación errónea de tal norma, y es así como destaca, para combatirle, el concepto del fallador según el cual para la aplicación del artículo 143 se requiere la simultaneidad en los cargos desempeñados por los trabajadores cuyos salarios se solicita nivelar, ya que sin este requisito no es posible comparar la igualdad de funciones y eficiencia.

La simple referencia a la situación de hecho comprobada en el juicio, no tiene otra finalidad que la de verificar la hipótesis legal.

Carecen, pues, de suficiente fundamento los reparos que hace el opositor, y en consecuencia debe examinarse la acusación, por el aspecto de la interpretación errónea.

Sobre la cuestión, el fallador de segunda instancia se expresa de este modo:

"Está fehacientemente probado que el demandante, el 1º de marzo de 1955, fue trasladado del cargo de Ayudante de Costos al de Contador de producción en reemplazo de la señora Janet de Sierra, quien fue promovida a otro oficio, sin embargo de lo cual continuó devengando la remuneración inicialmente pactada de $ 400.00 mensuales y no la que percibía ésta.

"Se halla igualmente acreditado que, en 16 de julio de 1955, el demandante fue trasladado nuevamente del cargo de contador de producción al de supervisor de contabilidad general, en reemplazo de Enrique Gaviria, no obstante lo cual continuó devengando el mismo salario ya singularizado y no el que percibía el reemplazado.

"Lo antes relatado, que es lo que precisamente se afirma en el libelo que inició el litigio, impide, por sí solo, la aplicación recabada en éste del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, que presupone, entre otros requisitos, la coetaneidad de cargos iguales como condición indispensable para que sea viable la comparación de las jornadas de trabajo y de las eficiencias de los trabajadores".

El Tribunal cita en apoyo de su tesis la sentencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, dictada en el juicio de Manuel A. Castellanos contra Wiston Bross Co.

Esta Sala ya tuvo oportunidad de exponer su opinión, que ahora reafirma, en torno al debatido aspecto del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, en sentencia de 6 de junio de 1958, dijo lo que sigue:

"Desde luego, lo común, es que dos o más trabajadores presten sus servicios en cargos equiparables. Mas de allí no se deduce que si un trabajador reemplaza a otro en empleo o cargo en que haya de ejercer funciones iguales a las del trabajador reemplazado y que supone una remuneración mejor, no se cumpla el correlativo aumento del salario. Al respecto conviene tener en cuenta que ciertas actividades, por ejemplo las inherentes a los puestos de dirección (Gerentes, Jefes de Personal, etc.) no suelen darse sincronizadamente. Y sería contrario al espíritu de equidad que orientó a los redactores del Código Sustantivo del Trabajo y que debe guiar a sus intérpretes, situar esas actividades fuera del alcance de los artículos 74 y 143" [Ezequiel Garzón Salcedo contra Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca)].

Así, pues, la simultaneidad no es requisito esencial para que surja el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de quien se reemplaza en el desempeño de idénticas funciones, en una misma empresa o establecimiento.

Y como en el caso de autos el Tribunal se abstuvo de dar aplicación al artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo por la sola consideración de que no se estableció que el desempeño de los cargos mejor remunerados a los cuales fue trasladado el actor, hubiese sido simultáneo con otros cargos iguales, resulta demostrado que incurrió en equivocada interpretación de esa disposición legal. Por tanto deberá casarse, en lo pertinente, el fallo acusado.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 64 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho consistente en la falta de apreciación de la inspección ocular visible al folio 74.

Para sustentar el cargo alega el recurrente que, conforme a la mencionada prueba, la fecha en que se inició la relación laboral fue la del 22 de marzo de 1954, y que si el Tribunal la hubiera tenido en cuenta y habida consideración de que el sueldo del actor cuando lo trasladaron a Belencito era de $ 900.00 mensuales, habría condenado por concepto de lucro cesante al pago de la suma de $ 3.330.00, y no de $ 3.060.00.

Se estudia el cargo:

Sobre este punto el fallador dice lo siguiente:

"... *Procede, pues, despachar favorablemente la solictud que se examina* por el lapso que hizo falta para que finalizara el último período presuntivo de la relación contractual que ató a los litigantes" (subraya la Sala).

Como se ve, el Tribunal hace referencia a la solicitud respectiva, o sea la de lucro cesante, en la que se señala como fecha de terminación del plazo presuntivo "el 21 de marzo de 1956", que supone como fecha inicial de la relación de trabajo el 22 de marzo de 1954 que se estableció en la inspección ocular.

No aparece, pues, ostensible el error de hecho que el recurrente le imputa a la sentencia acusada. Mas parece, como lo sugiere el opositor, que se trata de un error puramente aritmético, para cuya corrección no es viable este recurso extraordinario.

El cargo no prospera.

Tercer cargo.

Violación indirecta de los artículos 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho manifiesto consistente en la falta de apreciación de algunas pruebas. Al efecto singulariza las siguientes: a) La contestación de la demanda (folio 40 del expediente); b) El documento suscrito por el señor José Cadena Gómez, Director del Departamento de Contabilidad de la Entidad demandada (folio 22); c) Las cartas de folios 28 y 29; d) El comprobante de la liquidación de las prestaciones sociales del actor, elaborado por la Empresa (folio 30); e) La absolución de posiciones del Gerente Encargado de la sociedad demandada (folios 69 a 73).

Afirma el recurrente que de las pruebas señaladas se infiere que la Empresa no obró de buena fe "en el presente litigio" y que, por otra parte, no hubo un pago total de las prestaciones debidas, ya que el patrono dejó de pagar parte del auxilio de cesantía ($ 593.00) y parte de la prima semestral correspondiente al segundo semestre de 1955 ($ 14.76).

El opositor anota que la mala fe a que se ha condicionado la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo hace referencia exclusiva al pago de las acreencias que el patrono confiesa deber y a la prueba de su pago, pero no a las demás pruebas o hechos debatidos.

Se considera:

El sentenciador motiva la condena al pago de indemnización moratoria en los términos que a continuación se transcriben:

"Acerías Paz del Río S. A.", cinco días después de terminado el contrato de trabajo que la ligó con el demandante pagó a éste, por concepto de sus acreencias laborales, la suma de $ 1.732.72. Esta suma no aparece írrita en relación con el monto total de lo que en verdad se debía por concepto de prestaciones, entre las cuales no están comprendidos ni el lucro cesante ni la compensación de vacaciones, ya que a nada se condena a la sociedad demandada por reajuste de salarios. De otra parte, ésta bien ha podido liquidar de buena fe las acreencias laborales del trabajador con base en el salario rebajado de $ 650.00 mensuales. Por manera que el pago que se examina tiene, a juicio del Tribunal, virtud bastante para detener en el tiempo la sanción de salarios caídos. En consecuencia, la condena por este concepto se despachará por la suma de $ 150.00, correspondiente a cinco días de mora".

Como se ve, el problema se reduce a determinar, de una parte, si hay motivos que justifiquen la estimación que el patrono hizo de lo que adeudaba al trabajador, y, de otra, si la diferencia entre el monto de lo que le pagó y del total que fijó el juzgador es de tal manera considerable que el pago carezca de efecto liberatorio, por ser írrito.

Sobre el particular ninguna luz arroja la contestación de la demanda, ni la absolución de posiciones del Gerente Encargado de la sociedad demandada, que simplemente serviría para establecer el comportamiento procesal de la empresa demandada, ni el documento suscrito por el señor José Cadena Gómez, en que éste luego de explicar las razones que se tuvieron en cuenta para el traslado del señor Rodríguez a Bogotá y para asignarle el sueldo de $ 650.00 mensuales, se limita a opinar que si a dicho señor no le satisface ese traslado, "no habría más remedio que prescindir de sus servicios"; ni la carta dirigida por Rodríguez al Presidente de la empresa en que anuncia su retiro, señala los motivos para ello y pide la liquidación de sus prestaciones sociales hasta el vencimiento del contrato presuntivo; ni la respuesta de la empresa en que le comunica que por la Oficina de Personal se le practicará la liquidación de las prestaciones sociales hasta el 30 noviembre y no hasta el vencimiento del contrato presuntivo, por considerar que no está obligada a ello.

La única prueba pertinente de las que menciona el recurrente es el comprobante de la liquidación de las prestaciones sociales, visible al folio 30 del cuaderno principal. Tal liquidación as-

ciende a la suma de $ 1.732.72, y comprende compensación en dinero de vacaciones ($ 325.00) cesantía ($ 1.126.48) y prima proporcional correspondiente al segundo semestre de 1955 ($ 281.24).

La diferencia entre el monto de las condenas del Tribunal y la liquidación de la empresa, según lo admite el propio recurrente, alcanza a la suma de $ 607.76, que obedecen al reajuste del auxilio de cesantía y de la prima semestral del segundo semestre de 1955, decretado por el mismo Tribunal.

Esa diferencia entre las dos cantidades no es, pues, desproporcionada hasta el punto de tener como írrito el pago. Y si bien la empresa tomó como base el sueldo de $ 650.00 mensuales y no el de $ 900.00 que devengó el trabajador antes de su traslado a Bogotá, la circunstancia de que aquél fue el que le asignó al último cargo que desempeñó el señor Rodríguez, le permitió al *ad-quem* estimar que el patrono no obró de mala fe al efectuar la liquidación correspondiente.

En todo caso, el error de hecho de que se acusa a la sentencia no resulta ostensible, dada la amplitud de que goza el fallador en la apreciación de las pruebas, y en consecuencia el cargo no aparece suficientemente fundado, y por ello no prospera.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Pretende que se case el fallo de segunda instancia en cuanto por él se condenó a la Empresa a pagar el reajuste de cesantía y vacaciones y el lucro cesante.

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa por violación indirecta del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 63 ordinal b) numeral 2º del mismo estatuto, por aplicación indebida, a consecuencia de la falta de apreciación de las siguientes pruebas:

1) Carta que obra al folio 28 del expediente, mediante la cual el actor da por terminado el contrato de trabajo con base en un artículo del Código Sustantivo;

2) Las documentales que obran a folios 14, 15, 16 y 18 del expediente;

3) Las declaraciones de Janet de Sierra (folios 49 a 52), Enrique Gaviria (folio 52 a 55) y Jaime Ortega Robles (folios 61 a 63), y

4) La diligencia de inspección ocular (folios 74 a 76).

Se refiere el recurrente a la manifestación hecha por el actor en la carta del folio 28, en la que que declara definitivamente terminado el contrato de trabajo, "de acuerdo con el artículo 63 ordinal b) numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo", disposición ésta que dice: "... la exigencia del patrono, sin razones válidas de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató".

Sostiene que la causal que invoca el trabajador para dar por terminado su contrato es infundada, porque, de conformidad con las pruebas, el señor Rodríguez Fernández fue contratado para trabajar en Bogotá y prestó sus servicios en el ramo contable, desde su ingreso a la empresa hasta su retiro, y que no habiéndose demostrado, por tanto, el pretendido incumplimiento patronal, la condena al pago de lucro cesante carece de base jurídica, por lo cual el fallo debe ser casado en este aspecto.

El opositor arguye que el principal motivo para que el demandante diera por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, fue la rebaja del sueldo, pero que también es cierto que la empresa le exigió al trabajador la prestación de un servicio en un lugar distinto de aquel para el cual se le contrató, lo que constituía un incumplimiento del contrato, que daba lugar a su resolución al tenor del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Y añade que demostrado el hecho fundamental, esto es, la rebaja del sueldo, la circunstancia de que el trabajador citara erróneamente una disposición del Código Sustantivo del Trabajo, no le quita fuerza al fallo.

Se considera:

La petición de lucro cesante fue acogida por el sentenciador en los términos que se transcriben a continuación:

"Está comprobado que la sociedad demandada, en 26 de octubre de 1955, comunicó al demandante, quien a la sazón desempeñaba en Belencito el cargo de Contador Jefe de Costos con $ 900.00, que había resuelto, por sí y ante sí, trasladarlo al cargo de Contador Jefe Sección Costos y Estadísticas en Bogotá y rebajarle su asignación a la suma de $ 650.00 mensuales. Está comprobado, así mismo, que éste le demostró inmediatamente a aquélla su inconformidad con el desmejoramiento de la remuneración que había venido percibiendo, desmejoramiento que

consideró un incumplimiento de su contrato de trabajo; que reclamó varias veces de la entidad demandada la revisión de la modificación mencionada; que ésta, por último, en vista del incumplimiento de su contrato de trabajo, resolvió darlo por terminado unilateralmente desde el 30 de noviembre de 1955.

"Ahora bien, cuando, como en el caso *subjudice,* el contrato o el vínculo laboral se resuelve por el trabajador en razón del incumplimiento acreditado del mismo por parte del patrono, surge, a cargo de éste, la obligación de indemnizar los perjuicios, al tenor de lo que dispone el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Procede, pues, despachar favorablemente la solicitud que se examina por el lapso que hizo falta para que finalizara el último período presuntivo de la relación contractual que ató a los litigantes. Esta indemnización se debe liquidar, como es obvio, con el salario pactado de $ 900.00 mensuales y no con el disminuído unilateralmente por la sociedad demandada y que el demandante, en nigún momento aceptó. La condena asciende, entonces, a la cantidad de $ 3.060.00, salvo error u omisión, por lo cual se modificará la que trae la providencia recurrida en lo pertinente".

Así, pues, el fallador da por demostrado que el demandante desempeñó en Belencito el cargo de Contador Jefe de Costos, con un sueldo mensual de $ 900.00, y que la empresa "por sí y ante sí", esto es, sin el consentimiento del trabajador lo trasladó a otro cargo en Bogotá con la asignación mensual de $ 650.00.

En cuanto al desempeño del cargo en Belencito, ello está acreditado por las propias pruebas que cita el recurrente. En efecto, los testigos Janet de Sierra, Enrique Gaviria y Jaime Ortega Robles declaran de consuno que allí reemplazó al Supervisor Contador Jefe de Costos. Y en la inspección ocular se anota: "Posteriormente aparece una nota de traslado a Belencito en agosto 22 de 1955, con novecientos pesos ($ 900.00) mensuales de sueldo". La documental de folio 16 dice: "Segundo. Trasladar al señor Polearco Rodríguez del cargo de Contador Jefe de la Sección Segunda —Contabilidad General y Financiera de Bogotá, al de Contador Jefe de la Sección Segunda— Costos y Estadística de la Contabilidad de Planta de Belencito, con asignación mensual de $ 900.00, en reemplazo de José B. Victoria".

Respecto a la falta de consentimiento del trabajador para el nuevo traslado de Belencito a Bogotá, y para la rebaja de la asignación, tal hecho, que le sirve de soporte al fallo de segunda instancia en lo relativo al lucro cesante, no ha sido desvirtuado por el recurrente.

Ahora bien, si es cierto que Rodríguez Fernández, fue contratado inicialmente para prestar sus servicios en Bogotá, al aceptar el traslado a Belencito, ordenado por la empresa, quedó sustituída la respectiva estipulación original, y es obvio que, puesto en ejecución el acuerdo sobre el nuevo lugar del trabajo, ya no era susceptible de modificarse unilateralmente por la empresa. En consecuencia, al disponer ésta "por sí y ante sí" el traslado de Rodríguez a Bogotá, con una asignación inferior a la que venía devengando, incumplió el acuerdo vigente sobre estos dos aspectos de la relación contractual, como con acierto lo declara el sentenciador.

Y si el contrato inicial fue modificado en el sentido de señalar a Belencito como sede de las funciones de Rodríguez, bien pudo este invocar el ordinal b) del numeral 2º del artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, para dar por terminado el contrato de trabajo.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Infracción indirecta ocasionada por la aplicación indebida de los artículos 253 y 189, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7º del Decreto 617 de 1954, por apreciación errónea de las documentales que obran a los folios 20, 21, 28 y 30 del expediente y de la inspección ocular (folio 74).

Sostiene el recurrente que según dichas pruebas, el último salario mensual devengado por Rodríguez (del 11 de octubre de 1955 al 30 de noviembre del mismo año) fue de $ 650.00, y no de $ 900.00, como equivocadamente lo entendió el Tribunal.

Alega que los artículos violados por aplicación indebida, preceptúan en su orden, que el auxilio de cesantía se liquidará tomando "como base el último salario devengado" y que las vacaciones, cuando deban compensarse a la terminación del contrato serán pagadas también teniendo en cuenta ese salario, el cual hace relación a una situación cumplida, a un tiempo pretérito.

SE CONSIDERA:

El fallador, para decretar el reajuste del auxilio de cesantía y de la compensación en dinero de vacaciones, se fundó en la circunstancia de que el salario pactado últimamente, o sea durante el tiempo en que Rodríguez desempeñó sus funciones en Belencito, fue de $ 900.00 mensuales, y en que el demandante en ningún momento

aceptó la disminución unilateral impuesta por la sociedad demandada.

De las documentales que señala el recurrente y de la inspección ocular, se deduce ciertamente que la empresa le asignó $ 650.00 mensuales para el cargo al cual fue trasladado Rodríguez a Bogotá. Pero de algunas de esas documentales, las de folios 21 y 28, resulta que el trabajador se negó a aceptar la rebaja de su sueldo.

Demostrado tal hecho, bien pudo el Tribunal ordenar, como lo hizo, el reajuste del auxilio de cesantía y de las vacaciones.

El recurrente parece insinuar una interpretación errónea de las normas invocadas en este cargo al pretender que el uso del vocablo "devengado" supone una situación cumplida. Pero la forma como plantea la cuestión, involucrándola en un cargo por quebranto indirecto, hace improcedente su estudio.

Tampoco se recibe esta acusación.

Habiendo prosperado el primero de los cargos que formuló el apoderado del demandante recurrente, procede decidir en instancia lo que sea del caso.

Al efecto, además de las razones expuestas al examinar el referido cargo, se considera:

De la diligencia de inspección ocular, visible a folios 74 y siguientes del cuaderno principal, aparece que el señor Polearco Rodríguez ingresó al servicio de "Acerías Paz del Río S. A." con el cargo de Ayudante de Costos del Departamento de Contabilidad de Bogotá el 22 de marzo de 1954, con una asignación mensual de $ 400.00; que al partir del 1º de marzo de 1955 se le trasladó al cargo de Contador-Producción, sin ninguna modificación en el salario; que posteriormente fue designado Supervisor General de Contabilidad, cargo que desempeñó a partir del 16 de julio de 1955, y que por último, desde el 22 de agosto del mismo año se le trasladó a Belencito como Contador, Jefe de Costos. En cuanto a los sueldos que devengó, en la misma diligencia se anota lo siguiente: "... se comprueba que el sueldo del demandante, con este traslado (al cargo de Contador-Producción) no sufrió ninguna modificación, pues aparece devengando doscientos pesos ($ 200.00) quincenales hasta la primera quincena de agosto de 1955". "Se pudo comprobar en la respectiva hoja de vida que la señora Janet de Sierra (a quien reemplazó el demandante) devengaba hasta el último de febrero doscientos setenta y cinco pesos ($ 275.00) quincenales" - "... en el memorandum 58155, de 16 de julio de 1955 se lee que el señor Poelarco Rodríguez "pasa al cargo de Supervisor de Contabilidad General, con la asignación de $ 650.00 mensuales". "Sin embargo, en las constancias de pago el señor Rodríguez, como se anotó anteriormente, aparece devengando doscientos pesos ($ 200.00) hasta la primera quincena de agosto inclusive. El señor Enrique Gaviria Cantillo aparece devengando la suma de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) quincenales. Se aclara que es desde la segunda quincena de mayo de 1955, desde cuando el señor Gaviria aparece devengando la anterior suma de dinero". En el memorandum 60816 de 22 de agosto de 1955, se establece el hecho de que Polearco Alfonso Rodríguez devenga el sueldo de $ 400.00 mensuales hasta el día 21 de dicho mes y año...".

La señora Janet de Sierra declara: "... con fecha primero de marzo del año de mil novecientos cincuenta y cinco, el demandante me reemplazó en el cargo de Asistente del Supervisor, hecho que recuerdo con exactitud porque yo salí favorecida con un ascenso;... Cuando el señor Polearco Rodríguez me reemplazó el cargo que yo desempeñaba estaba señalado en una asignación mensual de quinientos cincuenta pesos ($ 550.00)". "Que le consta personalmente que el demandante en cada uno de los cargos que ocupó trabajó con eficiencia, consagración y exactitud, y para ser más claro que en el cargo en que la reemplazó hizo todos los trabajos que a ella le correspondían" (folios 50 y 51).

El testigo, señor Enrique Gaviria Cantillo, expone: "... a raíz de la renuncia presentada por el Contador General señor Luis Alfonso Payán Reyes, fui nombrado para ocupar dicho cargo y se me llamó a la oficina del Director General de Contabilidad para que postulara el nombre de la persona que podría reemplazarme en el cargo que dejaba por ascenso. Estuvimos en un todo de acuerdo de que a pesar de haber dentro del Departamento de Contabilidad personal con más antigüedad que el señor Rodríguez, era él, por sus capacidades y el rendimiento demostrado, la persona indicada para desempeñar el cargo ya aludido que era dentro de la organización el de Asistente del Contador General (en planillas figura como ya se ha dicho como Supervisor de Contabilidad General). Durante todo el tiempo que estuvo el señor Rodríguez en el desempeño de dichas funciones fue un gran colaborador y mereció a raíz de su trabajo que fuera postulado posteriormente para reemplazar al Contador de Costos en Belencito, traslado que se efectuó con posterioridad. Recuerdo que el señor Rodríguez no tuvo modificación en su asignación para lograr el sueldo

que yo devengaba o sea seiscientos pesos ($ 600.00)'' (folios 53 y 54).

Está, pues, acreditado que el señor Rodríguez durante el tiempo en que reemplazó, primero, a la señora Janet de Sierra y luego al señor Enrique Gaviria, no recibió los sueldos mejores que éstos devengaban en los respectivos cargos, a pesar de haberlos desempeñado con igual eficiencia.

Y como el sueldo de la señora de Sierra, en el momento en que entró a reemplazarla el señor Rodríguez era de $ 550.00 mensuales y el del señor Gaviria de $ 700.00 mensuales, la empresa demandada debe pagarle la diferencia, a saber: desde el 1º de marzo hasta el 15 de julio de 1955 (cuatro meses, quince días) ($ 675.00); desde el 16 de julio hasta el 21 de agosto del mismo año (un mes y seis días), $ 360.00, o sea, en total, la suma de $ 1.035.00.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *casa parcialmente* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en el juicio que Polearco Rodríguez adelantó a la sociedad ''Acerías Paz del Río S. A.''; en su lugar, *reformando* el fallo de primer grado, *condena* a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de un mil treinta y cinco pesos ($ 1.035.00) por concepto de reajuste de salarios. *No la casa en lo demás.*

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez, Antonio del Castillo, Conjuez.

Vicente Mejía O., Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA. NECESIDAD DE JUSTIFICAR EL RETARDO. PAGO ILEGAL DE VACACIONES.

1. Regla general en materia de indemnización moratoria. Vía apropiada en casación para impugnar la sanción impuesta al patrono. 2. Motivos que excepcionalmente justifican el retardo. Necesidad de que aparezcan demostrados. 3. Por no hechos han de tenerse los pagos de vacaciones contrarios a la ley.

1. Pretende el primer cargo obtener la casación de la sentencia acusada en cuanto confirmó la condena por indemnización moratoria. Considera que constituye violación del artículo 65 del Código del Trabajo, por errónea interpretación, el entenderlo en el sentido de que el simple no pago origina la sanción. Y que es necesario que concurra la mala fe inequívoca en el empleador: no pago y mala fe del patrono en el retardo, son los elementos contenidos en la norma.

La Sala destaca estos hechos: 1º La demanda inicial se presentó el 10 de abril de 1959; 2º La notificación del libelo se hizo a la sociedad demandada el día 8 de mayo; 3º La consignación de prestaciones sociales se efectuó el 18 de diciembre del mismo año de 1959.

Ahora bien: ¿Qué razones tuvo la entidad demandada para demorar la consignación de lo que creía deber hasta la fecha últimamente mencionada? Nada explica el recurrente sobre el particular. Y es obvio que cualquier pretendida justificación sobre tal circunstancia tendría necesariamente que fundamentarse en hechos conocidos y debidamente comprobados. Es decir, que la vía de impugnación escogida (interpretación errónea) no sería la jurídicamente indicada puesto que ésta debe proponerse con abstracción de problemas de índole probatoria.

Es cierto, como lo anota el casacionista, que la buena fe patronal en ciertos casos exonera de la sanción moratoria, según lo ha dicho la jurisprudencia laboral. Pero en situaciones como la de autos, en que el patrono esperó hasta el 18 de diciembre de 1959, siendo así que el contrato había terminado el 11 de marzo de ese año y que la demanda se le había notificado el 8 de mayo siguiente, no es aceptable recurrir a ese pretexto para considerarse exento de la sanción. Esto, porque no debe olvidarse que el mandato general del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el pago debe hacerse a la terminación del vínculo contractual.

No obstante los esfuerzos del recurrente por demostrar el error de interpretación legal que le atribuye al fallo impugnado, la Sala no halla que el ad quem haya incurrido en tal yerro. Por el contrario considera que el Sentenciador se ajustó al recto entendimiento de la norma acusada y a la innegable realidad procesal. El cargo no prospera.

2. El ordenamiento general contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que el pago de los salarios y prestaciones sociales debe hacerse al terminar el contrato de trabajo. Claro está que puede mediar una negativa justificada del patrono a obrar en tal forma, ya sea porque se considera que no hubo, por ejemplo, contrato de trabajo, o que se operó el fenómeno de la compensación, u otra causa por el estilo, pero todo ello debe tener fundamento adecuado, el debido respaldo procesal. Ninguna de estas modalidades eximentes de responsabilidad se observa en el presente caso. Más aún, la consignación es prueba categórica de que la demandada sí consideraba que le debía prestaciones al trabajador demandante. Luego, ¿por qué no efectuó esa consignación antes? La prueba de esta circunstancia es lo que se echa de menos. Es obvio que la consignación ha podido ser hecha antes de ese día pues se trata de un acto de la

exclusiva iniciativa patronal. Los motivos que ahora alega el recurrente no fueron propuestos adecuadamente en su oportunidad procesal.

No aparece, pues, por parte alguna la explicación aceptable de la demora de la demandada en hacer la consignación. Por ello el cargo no puede prosperar puesto que de la decisión del fallador no se deduce error de hecho ni menos con las características de evidente que afirma el impugnador.

3. Para la dilucidación del problema contemplado en el presente caso, es conveniente tener presente las consideraciones que en seguida se exponen:

1ª La finalidad esencial de las vacaciones es el disfrute real del derecho, ya que esto es lo que enseña el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo que lo consagra.

2ª Dentro de la vigencia del contrato de trabajo, sólo excepcionalmente se permite la compensación del derecho en dinero, pero para ello se requiere autorización del Ministerio del Trabajo y únicamente hasta la mitad de las vacaciones.

En el caso de autos la situación que se observa es que estando prestando sus servicios el trabajador, se le pagaron las vacaciones en su totalidad, es decir, se violó ostensiblemente la prohibición contenida en el primer inciso del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo y, al mismo tiempo, se desvirtuó el propósito del goce positivo del derecho. Y más todavía, se pagó el ciento por ciento de su valor sin autorización conocida del Ministerio del Trabajo.

Así las cosas, la Sala considera que la referencia del Tribunal al artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo es meramente incidental, ya que ha podido no mencionar esa disposición y no por ello podría desconocerse la prohibición legal en materia de vacaciones. Es decir, que el pago del derecho efectuado por la entidad demandada violó en diversas formas esa prohibición y que, por consiguiente, no habiéndose ajustado a la ley, se tiene por no hecho. Lógicamente debe ser así puesto que alguna diferencia tiene que existir entre el patrono que cumple la ley y el que la infringe abiertamente. De ahí que el Código Civil en su artículo 6º establezca que son nulos "los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juez Tercero del Trabajo de Bogotá, Rosendo Méndez Godoy, presentó ordinaria laboral contra la Compañía del Cafetal de "La Trinidad" S. A., a fin de que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, vacaciones, dominicales, feriados, subsidio familiar, lucro cesante, indemnización por falta de pago, asistencia médica por enfermedad no profesional, intereses, devolución de arrendamientos y costas.

La demanda relató los siguientes hechos:

"1º Desde el 2 de noviembre de 1957, mi poderdante señor Rosendo Méndez G. comenzó a trabajar a la firma demandada, en calidad de mayordomo general de la hacienda 'La Trinidad', situada en el municipio de El Colegio, de este Departamento.

"2º El primer contrato fue escrito, por período fijo de cuatro meses, con una asignación mensual de $ 1.200.00.

"3º El 1º de septiembre de 1958 habían transcurrido el período fijo del primer contrato, más dos períodos presuntivos de seis meses cada uno.

"4º El 1º de septiembre de 1958 las partes firmaron un contrato de trabajo, por período de seis meses, en el cual se estipuló que durante los meses de septiembre y noviembre de ese año (1958) devengaría el trabajador $ 1.200.00 mensuales, y en adelante devengaría $ 1.500.00 mensuales (cláusula cuarta).

"5º En dicho contrato las partes estipularon cláusulas de reserva, la cual no fue usada por ninguno de los contratantes.

"6º Por medio de la nota fechada el 22 de julio de 1958, el Gerente Germán García dijo a mi poderdante: 'El programa de trabajos que se ha llevado a cabo en la hacienda bajo su dirección contempla cabalmente las necesidades más urgentes para la rehabilitación de la plantación cafetera. En tal virtud —continuaba la nota— puede usted contar con la aprobación unánime, tanto por parte de la Gerencia como por parte de los señores miembros de la Junta Directiva, del Plan de Trabajos propuestos y que se puede resumir en las siguientes actividades'.

"7º En noviembre 26 de 1958 el demandante sometió a la consideración de sus patronos unas iniciativas para rebajar costos de producción.

"8º Según memorándum de 1º de septiembre de 1958, el Administrador General de la hacienda La Trinidad, señor Méndez Godoy, estaba autorizado para solucionar todos los problemas de personal.

"9º El 11 de marzo del corriente año de 1959, la señora Louise A. de Londoño, en su calidad de gerente de la Compañía del cafetal de La Trinidad S. A., alegando incompetencia de parte del señor Méndez Godoy que no podrá demostrar, y con base en el artículo 62 del Gódigo Sustantivo del Trabajo (terminación del contrato de trabajo sin previo aviso) suspendió, a partir de esa fecha a mi poderdante.

"10. En la nota de despido en referencia (no puede ser otra su intención, mucho menos la de 'suspender') la demanda habla del preaviso y cesantía, además de que ordena entregar las llaves de la oficina, de los potreros y demás dependencias el mismo día de la nota de despido.

"11. Cuando la empresa entregó a mi poderdante el último pago de salario, le descontó, sin autorización escrita, la suma de trescientos pesos por concepto de una deuda personal, de plazo vencido solo la mitad o sean $ 150.00.

"12. La firma demandada no dio vacaciones en tiempo a mi poderdante, ni obtuvo permiso para compensar en dinero la parte que el Ministerio del Trabajo autoriza, no para esta clase de trabajadores, sino para servidores de manejo.

"13. Desde el 14 de marzo el señor Méndez notificó al demandado que estaba listo a entregar, pero la señora Louise A. de Londoño no accedió a recibir, alegando que estaba ocupada, ni delegó en nadie para recibir.

"14. El miércoles 11 de marzo, a las 8 de la noche, el señor Méndez entregó al señor Hernando Corrales Rodríguez una carabina de guerra, de contrabando, que la hacienda tenía sin salvoconducto ni licencia de ninguna clase.

"15. Si la Gerente demandada sabía que la carabina se había devuelto, no tenía por qué reclamarla. Si no lo sabía, es por lo menos sospechoso que el 16 de marzo hubiera puesto la condición de que no recibía del empleado destituído si éste no le devolvía el arma de guerra en referencia.

"16. La señora de Londoño buscó al doctor Guillermo A. Benavides Melo como abogado para que recibiera la hacienda, con el cual se acordó que la entrega se hiciera el 23 de marzo del corriente año.

"17. La señora Londoño, persona conflictiva, que ha estado amenazando con el embajador norteamericano, como si este país fuera una colonia yanqui, ha insistido en no recibir la hacienda, con el pretexto de que no se le entrega la carabina de guerra y de contrabando de que se ha hablado.

"18. El 18 de marzo del corriente año, el señor Florentino Osorio, empleado de la hacienda, recibió a la señora del demandante unos muebles, según consta en certificado que se acompaña.

"19. El demandante señor Méndez fue detenido por el Inspector de Policía de El Triunfo, mediante denuncia de Hernando Corrales, cajero pagador de la hacienda La Trinidad, debido a que el demandante, al sentir que le empujaban la puerta de su vivienda en dicha hacienda, hizo unos disparos al aire, los cuales el señor Corrales denunció que fueron hechos contra él, con la cual confiesa haber sido la persona que empujara la puerta de la vivienda del señor Méndez.

"20. Todo esto parece hecho con la asesoría intelectual de la demandada, quien solicitó al Inspector de Policía de El Triunfo que se declarara impedido para tramitar el denuncio, como si éste hubiera sido instaurado por la hacienda La Trinidad, contra la cual dicho Inspector tiene un pleito pendiente por prestaciones sociales, ya que es costumbre de la demandada no pagar o pagar solo parte de lo que adeuda por prestaciones.

"21. Pasado el negocio policivo al Juzgado Municipal, de El Colegio y enviado en comisión al Alcalde Municipal, este último funcionario puso en libertad incondicional a mi patrocinado, por no haber encontrado mérito para detenerlo.

"22. El señor Méndez ha sido calumniado por la potentada gerente extranjera de haberle robado unas gallinas.

"23. Del denuncio penal temerario inspirado por la señora de Londoño y de la falsa imputación de robo de gallinas, tendrá que responder penal y civilmente la demandada.

"24. El señor Méndez tuvo que trabajar todos los domingos y feriados comprendidos desde su fecha de entrada (noviembre 2 de 1957) y la de salida (11 de marzo de 1959), sin haber recibido sobrerremuneración.

"25. La demandada no ha cancelado al señor Méndez el auxilio de cesantía, lucro cesante ni ninguna otra prestación o indemnización, ni hay notificación de que se haya verificado depósito de prestaciones.

"26. Mi poderdante tiene 4 hijos, y durante el año pasado recibió mensualmente $ 10.00 de subsidio familiar por cada hijo.

"27. Mi poderdante fue despedido con una afección en el ojo derecho, que le ha disminuído considerablemente la visibilidad.

"28. Tanto la Junta Directiva de la entidad demandada como la Gerencia funcionan en esta ciudad.

"29. La firma demandada, para burlar la prestación del caso, cobró a razón de un peso mensual por concepto de arrendamiento de la casa que ocupaba en la hacienda el demandante, cuando no podía cobrar y, en cambio, el arrendamiento de la casa vale como $ 150.00 mensuales".

Como fundamento de derecho se citaron las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo y del Procedimental sobre la misma materia.

La sociedad demandada, por medio de apoderado, dio contestación a la demanda respondiendo los hechos en esta forma:

"1º Niego que el 2 de noviembre de 1957 el señor Rosendo Méndez G. entrara a trabajar en la hacienda 'La Trinidad' en calidad de Mayordomo General.

"2º Niego que el primer contrato se hubiera escrito con una asignación de $ 1.200.00.

"3º No es un hecho sino una apreciación de tiempo transcurrido.

"4º Es cierto.

"5º Es cierto que se estipuló la cláusula de reserva, la cual sí fue usada por la Empresa.

"6º Es cierto que el señor Germán García escribió lo que transcribe el doctor Pacheco Osorio.

"7º Es cierto.

"8º Es cierto, que como administrador debía solucionar los problemas de personal.

"9º El señor Méndez fue suspendido por justa causa de acuerdo con el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, tanto por las razones que se exponen en la carta, sino también por haber dispuesto de la correspondencia privada de la hacienda o empresa.

"10. En el expediente obra dicha carta.

"11. No es cierto.

"12. No es cierto.

"13. No es cierto.

"14. Este punto contiene dos hechos. Niego el primero o sea que el señor Méndez, entregara la carabina al señor Hernando Corrales. En cuanto a la licencia de la carabina no es motivo de juicio laboral pero afirmo que existe dicha licencia. En cuanto a la afirmación de un contrabando, como se trata de un delito debe pasarse esta afirmación al juez penal.

"15. Este punto solo contiene apreciaciones del demandante.

"16. Es cierto.

"17. Siguen las apreciaciones del demandante sobre la personalidad de la señora Gerente, lo cual creo no es materia de fallo laboral.

"18. Este hecho es del señor Florentino Osorio.

"19. Estos hechos graves de disparar contra las personas o contra el aire están siendo investigados por las autoridades competentes, quienes fallarán sobre los hechos respectivos.

"20. El parecer del demandante tampoco constituye ningún hecho materia de decisión laboral.

"21. No me consta.

"22. No es cierta la calumnia.

"23. El hecho anotado, en caso de ser cierto, deberá ser fallado como lo dice el demandante por la justicia penal.

"24. No es cierto.

"25. De acuerdo con el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo el trabajador pierde ciertos derechos y el patrono debe abstenerse de efectuar el pago hasta que la justicia decida.

"26. El demandante no presentó las partidas respectivas.

"27. No es cierto.

"28. El funcionamiento de una empresa en relación con las reuniones de la Junta Directiva no fijan domicilio.

"29. No es el caso de considerar que arrendar una casa por determinado canon, sea burlar prestaciones"

El Juzgado del conocimiento dictó su fallo de instancia el 28 de enero 1960. La parte resolutiva de la decisión es del siguiente tenor:

"Primero. Condénase a la empresa Compañía del Cafetal de 'La Trinidad' S. A., a pagar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a Rosendo Méndez Godoy las siguientes cantidades de dinero:

"a) La suma de dos mil treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 2.037.50) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

"b) La suma de setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) moneda corriente, por concepto de vacaciones;

"c) La suma de dos mil quinientos cincuenta pesos ($ 2.550.00) moneda corriente, por concepto de lucro cesante; y

"d) La suma de trece mil ochocientos pesos ($ 13.800.00) moneda corriente, por concepto de indemnización moratoria.

"Segundo. Declárase probada de oficio la excepción perentoria de pago hasta por la cantidad de dos mil ochocientos cuatro pesos con diez y seis centavos ($ 2.804.16) moneda corriente. En consecuencia, dicha suma deberá deducirse de las condenas anteriores.

"Tercero. Absuélvese a la empresa Compañía del Cafetal 'La Trinidad' S. A., de los demás cargos formulados en su contra por Rosendo Méndez Godoy, en el libelo de demanda.

"Cuarto. Condénase a la parte demandada a pagar el sesenta por ciento (60%) de las costas".

Por apelación de los apoderados de las partes subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral. Esta Corporación decidió la alzada por fallo de 26 de febrero de 1960, por el cual confirmó en todas sus partes la sentencia apelada condenando en las costas de la instancia a la sociedad demandada.

Los apoderados judiciales de las partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado. El Tribunal lo concedió y esta Sala lo ha admitido y tramitado en legal forma. De modo que corresponde resolverlo aclarando que el recurso de casación del demandante-recurrente fue declarado desierto y su escrito de oposición presentado fuera de la oportunidad procesal.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Por medio de los dos primeros cargos se persigue la casación del fallo recurrido en cuanto confirmó la condena por indemnización moratoria; y por el tercero, la afirmación de la condena sobre pago de vacaciones. En ambos eventos el recurrente pide que la Corte convertida en Tribunal de instancia revoque las condenas respectivas y absuelva a la sociedad demandada.

Primer cargo.

Con invocación de la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el cargo se enuncia así:

"Dicha sentencia (la recurrida) es violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por interpretación errónea".

En la demostración de la acusación, el casacionista sostiene la siguiente tesis:

"Considerar que según dicha disposición el simple no pago origina la sanción, es interpretarla erróneamente, por cuanto la mala fe inequívoca debe concurrir en el empleador: no pago y mala fe del patrono en el retardo, son los elementos contenidos en la norma, en forma que debe entenderse en el sentido de que si no se ha pagado a la terminación del contrato y además ha habido mala fe del patrono en el retardo, incurre éste en la sanción contemplada en la disposición.

"La sentencia recurrida, para imponer la sanción se fundó en forma única y exclusiva en el no pago de las prestaciones sociales o laborales al terminarse el contrato: esa es su base.

"En parte alguna del fallo se atribuye mala fe a la Compañía demandada, e implícitamente se considera buena fe en ella, al excluír esta buena fe y cimentarse el fallador únicamente en la falta de pago a la terminación del contrato. Lo cual indica con toda claridad y precisión que el sentenciador de segunda instancia, sin encontrar mala fe en el patrono, elemento éste excluído de los fundamentos de la sentencia, y solamente por la demora en el pago de prestaciones laborales, consideró pertinente imponer la sanción, basado en su entendimiento del artículo 65 del citado Código.

"El equivocado entendimiento que se tenga sobre el *contenido* de una disposición legal, constituye interpretación errónea de ésta, según está definido constante y uniformemente por la jurisprudencia y la doctrina.

"Al entender el Tribunal, al dictar la sentencia impugnada, que no era necesaria la mala fe del empleador según el artículo 65 pre-citado para que haya lugar a la sanción que éste contempla, incurrió en violación de dicha norma sustantiva, por el concepto de interpretación errónea; y la sanción impuesta con base en ese entendimiento equivocado, debe caer mediante la casación o infirmación del fallo, como alcance de la impugnación al respecto, para lo cual solicito que se case la sentencia en su punto resolutivo 1º (primero), en lo referente a condena al pago de indemnización moratoria, y asumiendo la Corte las funciones de tribunal de instancia, revoque lo decidido por el funcionario de primera instancia y en su lugar absuelva a la parte demandada en lo referente a tal indemnización".

Se considera.

Véase primeramente cuáles fueron las razones dadas por el Sentenciador para haber resuelto

la condena por indemnización moratoria. Sobre el particular el *ad-quem* dijo lo siguiente:

"También es jurídico lo resuelto por el a-quo respecto a esta solicitud de la demanda cuando dice, que como el despido se produjo el 11 de marzo de 1959 y la consignación de lo que la sociedad demandada consideraba deber por concepto de prestaciones sociales se recibió en el Juzgado el 18 de diciembre de 1959, hay lugar a condenación por mora en el pago correspondiente a nueve (9) meses y seis (6) días de salario o sea la cantidad de $ 13.800.00. Y que se considera que la consignación efectuada por la empresa demandada suspende la indemnización por mora desde el 18 de diciembre de 1959, por cuanto el valor de ella no resulta en exceso desproporcionado con el valor de los salarios y de las prestaciones adeudadas. Se recalca que solo el no pago oportuno de salarios y prestaciones es lo que motiva la aplicación de la sanción establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo".

La Sala destaca, además, estos hechos claramente establecidos en el juicio:

1º) La demanda inicial se presentó el 10 de abril de 1959.

2º) La notificación del libelo se hizo a la sociedad demandada el día 8 de mayo del año citado.

3º) La consignación de prestaciones sociales se efectuó el 18 de diciembre de 1959.

Ahora bien, ¿qué razones tuvo la entidad demandada para demorar la consignación de lo que creía deber hasta la fecha últimamente mencionada? Nada explica el recurrente sobre el particular. Y es obvio que cualquier pretendida justificación sobre tal circunstancia tendría necesariamente que fundamentarse en hechos conocidos y debidamente comprobados. Es decir, que la vía de impugnación escogida (interpretación errónea) no sería la jurídicamente indicada puesto que ésta debe proponerse con abstracción de problemas de índole probatoria.

Es cierto, como lo anota el casacionista, que la buena fe patronal en ciertos casos exonera de la sanción moratoria, según lo ha dicho la jurisprudencia laboral. Pero, en situaciones como la de autos, en que el patrono esperó hasta el 18 de diciembre de 1959 para hacer la consignación judicial, siendo así que el contrato había terminado el 11 de marzo de ese año y que la demanda se le había notificado el 8 de mayo siguiente, no es aceptable recurrir a ese pretexto para considerarse exento de la sanción. Esto, porque no debe olvidarse que el mandato general del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el pago debe hacerse a la terminación del vínculo contractual.

No obstante los esfuerzos del recurrente por demostrar el error de interpretación legal que le atribuye al fallo impugnado, la Sala no halla que el ad-quem hubiese incurrido en tal yerro. Por el contrario, considera que el Sentenciador se ajustó al recto entendimiento de la norma acusada y a la innegable realidad procesal.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Dice como sigue:

"Si la sentencia impugnada no fuese violatoria de ley sustantiva por el concepto precedente, lo es entonces por el concepto de aplicación indebida del mismo artículo 65.

"Esta aplicación indebida proviene de que no habiendo encontrado el juzgador de segundo grado, como tampoco el de primera instancia, una mala fe en el empleador, procedió sin embargo a imponer la sanción de indemnización por mora como si se le hubiese demostrado mala fe, dándole así aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo sin debérsela dar".

Y agrega:

"En sano derecho la buena fe se presume mientras la ley no establezca la presunción contraria, por lo cual en principio debe considerarse que el patrono obró de buena fe, mientras no se hubiere demostrado lo contrario.

"Empero, invirtiendo las condiciones y principio sobre prueba en materia de buena fe, en el sentido de hacer gravitar sobre la parte demandada la prueba de su buena fe, había que tener en cuenta a su favor las siguientes pruebas que aisladamente y con mayor razón en conjunto acreditan plenamente su buena fe...".

En seguida el recurrente cita estas pruebas: el contrato de trabajo en su cláusula sexta; la discusión sobre existencia del derecho a vacaciones; la discrepancia sobre la fecha de entrada del trabajador para efectos de la liquidación del lucro cesante; la confesión que hizo Méndez relativa a que había recibido "una suma" para invertir en la hacienda y el pretexto que adujo en el sentido de que por tener comprobantes no rendía cuentas; y la falta de entrega por parte de Méndez, de los enseres de la hacienda.

Acerca de estas pruebas el recurrente hace el siguiente comentario:

"Estos cinco hechos, están plenamente demostrados en los autos, con las pruebas singulariza-

das en cada hecho o motivo: y señalan, la existencia de buena fe, la incidencia de motivos, hechos o circunstancias especiales, que permitían al patrono demorar el pago o la consignación de dinero a favor del demandante por concepto de prestaciones. El Tribunal como juzgador, no examina en la sentencia estas pruebas, ni otras relacionadas con la buena fe del patrono. Guarda silencio absoluto. Este silencio, esta falta de apreciación de pruebas existentes en el proceso, le hicieron incurrir en error de hecho evidente, manifiesto en el expediente con su sola lectura, en la apreciación de las pruebas.

"Y este error evidente de hecho, que le hubiera permitido sin él encontrar probada la buena fe del patrono en la demora en el pago de prestaciones, le condujo consecuencialmente a aplicar indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cometiendo por ello una infracción de dicha norma de carácter sustantivo...".

Se considera.

La Sala, tal como se dijo en el examen del cargo anterior, no encuentra razón valedera que justifique la demora del pago por consignación que hizo la demandada. Los hechos o pruebas que el recurrente enumera para pretender explicar la mora no son adecuados a tal propósito. Ya se expresó que el ordenamiento general contenido en el artículo 65 acusado preceptúa que el pago de los salarios y prestaciones sociales debe hacerse al terminar el contrato de trabajo. Claro está que puede mediar una negativa justificada del patrono a obrar en tal forma, ya sea porque se considera que no hubo, por ejemplo, contrato de trabajo, o que se operó el fenómeno de la compensación, u otra causa por el estilo. Pero todo ello debe tener fundamento adecuado, el debido respaldo procesal. Empero ninguna de estas modalidades eximentes de responsabilidad se observa en el *sub-lite*. Más aún, la consignación de 18 de diciembre es prueba categórica de que la demandada si consideraba que le debía prestaciones al trabajador demandante. Luego, ¿por qué no efectuó esa consignación antes? La prueba de esta circunstancia es lo que se echa de menos. Es obvio que la consignación ha podido ser hecha antes de ese día pues se trata de un acto de la exclusiva iniciativa patronal. Los motivos que ahora alega el recurrente no fueron propuestos adecuadamente en su oportunidad procesal.

No aparece, pues, por parte alguna la explicación aceptable de la demora de la demandada en hacer la consignación. Por ello el cargo no puede prosperar puesto que de la decisión del Fallador no se deduce error de hecho ni menos con las características de evidente que afirma el impugnador.

Tercer cargo.

Se expone así:

La sentencia del Tribunal, en cuanto condenó al pago de vacaciones, es violatoria de ley sustantiva, concretamente, del artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, por concepto de aplicación indebida".

El recurrente cita las posiciones absueltas por Méndez en que reconoce que recibió vacaciones en dinero y no en tiempo. Y manifiesta:

"Nótese que el motivo que el legislador tiene o ha tenido para prohibir la compensación en dinero, es únicamente un perjuicio posible para la economía nacional o la industria, y en lo individual, procurar que el trabajador descanse efectivamente durante 15 días continuos en el año, nada más. La medida administrativa, llamada autorización, está creada para asegurar la finalidad perseguida por el legislador. Ahora bien: ese artículo 7º, reformatorio del 189 del Código Sustantivo del Trabajo, en sí mismo no establece sanción específica, propia, para el caso de que la prohibición no se cumpla... En estas condiciones, la aplicación extensiva o analógica del artículo 254 citado, resulta un exabrupto, y aun una arbitrariedad, para el caso de infracción previsto en el artículo 7º referido, por cuanto no se reúne el requisito de la semejanza, y entonces, con base en lo previsto en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, en presencia de tal caso o materia desemejante, es aplicar los principios generales del derecho común, dentro de un espíritu de equidad, en cuanto no sean contrarios a los principios del derecho del trabajo. Aplicar la sanción consagrada para un caso de cesantía a un caso de vacaciones, es un error muy grave, por tanto..."

Se considera.

Para la dilucidación del problema contemplado en el sub-lite, es conveniente tener presente las consideraciones que en seguida se exponen:

1ª La finalidad esencial de las vacaciones es el disfrute real del derecho, ya que esto es lo que enseña el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo que lo consagra.

2ª Dentro de la vigencia del contrato de trabajo, sólo excepcionalmente se permite la compensación del derecho en dinero, pero para ello se requiere autorización del Ministerio del Tra-

bajo y únicamente hasta la mitad de las vacaciones.

En el caso de autos la situación que se observa es que, estando prestando sus servicios el trabajador, se le pagaron las vacaciones en su totalidad, es decir, se violó ostensiblemente la prohibición contenida en el primer inciso del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, y, al mismo tiempo, se desvirtuó el propósito del goce positivo del derecho. Y más todavía, se pagó el ciento por ciento de su valor sin autorización conocida del Ministerio del Trabajo.

Así las cosas, la Sala considera que la referencia del Tribunal al artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo es meramente incidental, ya que ha podido no mencionar esa disposición y no por ello podría desconocerse la prohibición legal en materia de vacaciones. Es decir, que el pago del derecho efectuado por la entidad demandada violó en diversas formas esa prohibición y que, por consiguiente, no habiéndose ajustado a la ley, se tiene por no hecho. Lógicamente debe ser así puesto que alguna diferencia tiene que existir entre el patrono que cumple la ley y el que la infringe abiertamente. De ahí que el Código Civil en su artículo 6º establezca que son nulos "los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos".

Lo anotado es suficiente para llegar a la conclusión de que el cargo no es fundado y no puede prosperar.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. ESCUELA NACIONAL DE AVIACION CIVIL COLOMBIANA. COMPETENCIA.

1. No obstante ser institución de derecho público, el establecimiento ha de ser autónomo e independiente de la administración. 2. Los establecimientos públicos no pueden acogerse al fuero especial que el Código Judicial reconoce a la Nación. 3. Naturaleza jurídica de la Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana. Normas de competencia aplicables a los juicios civiles en que tenga parte.

1. La doctrina y la práctica administrativas admiten dos procedimientos para la prestación de los servicios públicos: el directo y el indirecto o del establecimiento público.

Hay lugar al primero cuando el servicio se presta por los órganos directos o inmediatos de la administración, con cargo al tesoro del Estado; al segundo, cuando la satisfacción de una necesidad general se encarga a una institución de origen estadual, pero que cumple su función con autonomía e independencia y con medios económicos propios. Este último sistema se adopta cuando se trata de desarrollar funciones especializadas, de modo que constituye un procedimiento técnico para la prestación de ciertos servicios.

La institución que sirve de medio para la prestación del servicio o el desarrollo de la función social del Estado es de derecho público —establecimiento público— por su origen, por sus fines y por los medios de que se vale para satisfacerlos; pero debe ser persona jurídica autónoma e independiente frente a la Administración, y poseer un patrimonio propio, pues que así lo exige la tecnificación del servicio. "Los establecimientos públicos se forman por un proceso de disociación, por desmembraciones del poder público —ha dicho León Blum—. Estos establecimientos son órganos desgarrados del cuerpo social gracias a la autonomía creciente conferida a los agentes que los cuidan. Son como piezas antes indisolublemente ligadas al poder central y a las cuales concede libertad de movimiento la sociedad moderna. Pero provienen siempre de una descentralización, de un movimiento centrífugo".

Esta última condición es la que caracteriza al procedimiento del establecimiento público y lo que por medio de él la administración se propone alcanzar: la descentralización del servicio

con el ánimo de tecnificarlo; y como toda descentralización supone, jurídicamente y con criterio de conveniencia, la creación de una persona de derecho independiente y autónoma, la de los servicios del Estado se manifiesta mediante la creación de organismos dotados de un patrimonio que administran libremente, reconociéndoles capacidad suficiente para disponer de él, y consiguientemente, para contratar y comparecer en juicio. El establecimiento público puede celebrar contratos aun con el Estado o la entidad de la cual es desmembración, lo que pone de relieve la distinción que la ley hace entre los dos.

2. El artículo 76 del Código Judicial dispone que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia, entre otros negocios, "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40". Este artículo reserva a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte (hoy Sala de Negocios Generales), por vía de excepción, el conocimiento de las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación, aunque ésta haya transferido, en todo o en parte, sus derechos.

Ahora bien, la clara distinción que hay entre la personalidad moral del Estado y la de los institutos descentralizados, y la separación de los respectivos patrimonios, hacen que sea imposible confundirlos para efecto de la aplicación de las reglas sobre competencia, especialmente ante lo prescrito en el artículo 40 del Código Judicial, que distingue inequívocamente, para ese efecto, entre la Nación y "cualquier entidad o persona", debiendo entenderse incluídas en éstas a las "personas" jurídicas o "entidades' autárquicas desmembradas del Estado. El fuero especial que los artículos 40 y 76 del Código Judicial reconocen a la Nación ha sido consagrado en consideración a la persona que es sujeto activo o pasivo de la acción, o sea, que es de carácter subjetivo, por lo cual no pueden acogerse a él otros sujetos cuya personería para comparecer en juicio proviene de una personalidad y capacidad jurídicas distintas, como ocurre con los establecimientos públicos. Así como el fuero de que goza el Estado no puede considerarse extendido, sin disposición expresa de la ley, a las secciones en que éste se divide por virtud de la descentralización territorial, del mismo modo tampoco puede cobijar, sin norma particular que lo disponga, a las instituciones o establecimientos públicos a que da lugar la descentralización de servicios.

3. La Escuela Nacional Civil Colombiana fue creada por medio del Decreto extraordinario número 2797 de 21 de septiembre de 1954 (incorporado hoy a la Ley 79 de 1960), cuyo artículo 1º dispone: "Créase una entidad denominada Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana (ENACC), que funcionará con las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, sujeta a sus propios estatutos, los cuales serán aprobados por el gobierno". Las demás disposiciones del decreto proveen a definir el objeto de la institución —"preparar el personal técnico para la aviación civil y propender por su fomento"—; a asegurar el funcionamiento de ella "con los elementos que se hayan adquirido con cargo a las partidas de fomento de la aviación, y con las partidas que figuren en el presupuesto para ese fin"; al establecimiento de la organización general mediante la determinación de los organismos administrativos superiores, y a la exención de toda clase de impuestos y derechos aduaneros para los elementos que importe. El artículo 6º prescribe: "La Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana, como persona jurídica autónoma, tiene libre administración y disposición de sus fondos y bienes y de las rentas que reciba, quedando sometida a la inspección fiscal de la Contraloría General de la República, por medio de la Auditoría Fiscal del Ministerio de Obras Públicas".

Es, pues, ciertamente, un establecimiento público, por su origen en la ley y su carácter oficial; por deber su organización al Estado y hallarse sometida a su vigilancia y fiscalización no solamente en lo que concierne a su funcionamiento sino en lo financiero y económico; por estar dotada de personería jurídica y administrar autárquicamente un patrimonio que le ha sido asignado como propio, para el cumplimiento de sus fines; porque se propone la satisfacción de una necesidad de carácter general que en otra forma correspondería atender directamente al Estado. Es incuestionable, así pues, que posee una capacidad jurídica que la autoriza para obrar en lo relativo a sus bienes independientemente del Estado, y por tanto, para comparecer en juicio como entidad autónoma, sin que para este efecto pueda confundírsela con aquél, por lo cual ha de concluírse que no le son aplicables a la citada Escuela Nacional de Aviación las normas de excepción que reglamentan la competencia en negocios civiles en que tiene parte la Nación sino que debe someterse a las ordinarias o comunes del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Carlos y Guillermo Cajiao Lenis y Carlos Aurelio Cajiao Wallis, demandaron ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por medio de apoderado, a la Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana, porque se hicieran las siguientes declaraciones:

"A) Que la entidad demandada es civilmente responsable de los perjuicios causados a mis mandantes Carlos Cajiao Lenis, Carlos Aurelio Cajiao Wallis y Guillermo Cajiao Lenis mediante el siniestro de aviación ocurrido el día veintidós de junio del año de mil novecientos cincuenta y siete en la hacienda denominada "San Julián", ubicada en el Municipio de Santander de Quilichao del Departamento del Cauca;

"B) Que, en consecuencia, la misma entidad está obligada, y así se le condena, a pagar a mis mandantes mencionados la indemnización correspondiente a los mencionados perjuicios en la cuantía que para cada uno de ellos se fije de conformidad con la ley".

Son hechos en los cuales el actor funda su demanda los siguientes:

"*Primero.* El día veintidós de junio del año de mil novecientos cincuenta y siete, en las horas de la mañana, en momentos en que efectuaba unas maniobras acrobáticas, la aeronave modelo Piper PA-18-150, matrícula colombiana HK-1132-G se estrelló en terrenos de la hacienda denominada "San Julián", ubicada en el Municipio de Santander de Quilichao del Departamento del Cauca;

"*Segundo.* En dicha acronave, en virtud de invitación que le hizo el piloto correspondiente, viajaba en tales momentos, como pasajero ocasional, el señor Carlos Cajiao Lenis.

"*Tercero.* Don Carlos Cajiao Lenis sufrió en dicho siniestro gravísimas lesiones en su cuerpo, que hicieron necesaria su hospitalización por largo tiempo y necesarios también diversos tratamientos e intervenciones quirúrgicas tanto en Colombia como en el exterior y que lo dejaron casi completamente incapacitado para todo trabajo lucrativo y para toda actividad personal, lo mismo que para la realización normal de sus funciones fisiológicas.

"*Cuarto.* Don Carlos Cajiao Lenis se encontraba, hasta el momento del referido siniestro, en excelentes condiciones personales y profesionales y ha sido y es persona de buena posición por su educación y por su conducta.

"*Quinto.* Mi mandante don Carlos Cajiao Lenis, hasta el día de ese siniestro venía trabajando lucrativamente y, mediante sus actividades profesionales, no solo podía satisfacer sus necesidades personales sino que podía también ir formando un patrimonio material de importancia.

"*Sexto.* El citado don Carlos Cajiao Lenis es hijo legítimo del doctor Carlos Aurelio Cajiao Wallis y de doña Inés Lenis de Cajiao y hermano legítimo de don Guillermo Cajiao Lenis.

"*Séptimo.* Por insuficiencia económica de don Carlos Cajiao Lenis, su padre el mencionado doctor Carlos Aurelio Cajiao Wallis y su hermano don Guillermo Cajiao Lenis han tenido que ayudarle económicamente a aquél en los gastos de su sostenimiento y para procurar su restablecimiento al estado anterior al mencionado siniestro y tendrán que continuar proporcionándole la misma ayuda de por vida.

"*Octavo.* El referido siniestro causó, pues, muy graves perjuicios materiales a mis mandantes, así: a) A don Carlos Cajiao Lenis el perjuicio material consistente en los gastos que ha tenido que hacer y que tendrá que hacer en el futuro para tratar de recuperar su buen estado anterior al accidente, en los gastos que ha tenido que hacer y que tendrá que hacer en el futuro para disfrutar de una ayuda en la realización de sus funciones de aseo y movimiento personal, y en la renta de que fue privado de por vida, a partir del día del mencionado siniestro, por su incapacidad para el trabajo lucrativo; b) Al doctor Carlos Aurelio Cajiao Wallis y a don Guillermo Cajiao Lenis, el perjuicio material consistente en la ayuda económica que han tenido que prestarle a don Carlos y en la que tendrán que seguirle prestando de por vida por causa del mismo siniestro.

"*Noveno.* También causó ese siniestro graves perjuicios morales a mis mandantes, así: a) A don Carlos Cajiao Lenis el perjuicio moral consistente en el dolor moral que sufrirá de por vida por la postración e invalidez en que ha quedado; b) Al doctor Carlos Aurelio Cajiao Wallis y a don Guillermo Cajiao Lenis el perjuicio moral consistente en el dolor moral que naturalmente les produce el hecho de la postración e invalidez en que ha quedado don Carlos Cajiao Lenis. También es de afirmar, para los efectos legales

correspondientes, que el dolor moral que está sufriendo don Carlos Cajiao Lenis acrecienta su incapacidad para trabajar, objetivándose así también ese dolor moral.

"*Décimo.* La aeronave mencionada era, el día del accidente, de propiedad de la Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana y de la Nación, se explotaba o usaba ese día por cuenta y riesgo de estas entidades, y se encontraba ese mismo día al cuidado o guarda de ellas.

"*Undécima.* La Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana (ENACC) es entidad pública de carácter nacional, con personería jurídica propia, y con domicilio en Bogotá.

"*Duodécimo.* Los perjuicios referidos fueron causados: bien por culpa civil, real o presunta, de la Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana; bien, por culpa civil, real o presunta, de representantes de la misma entidad; bien, por culpa, real o presunta, de carácter civil, de simples dependientes de la Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana; bien, por todas esas causas a la vez; y todo por causa o con ocasión del ejercicio de las funciones propias de dicha Escuela.

"*Décimotercero.* Soy apoderado de los demandantes para el juicio que se inicia mediante esta demanda".

La anterior demanda no fue admitida por el Tribunal, por cuanto, según lo expresa la respectiva providencia, "el fuero especial sólo comprende a la Nación, que es una entidad de derecho público claramente definida y con caracteres propios e inconfundibles, cuya representación en juicio la ejerce el ministerio público, por mandato de la ley. No quedan comprendidas en dicho fuero las instituciones o personas autónomas, con personería jurídica propia, no importa que su creación o funcionamiento tenga origen en la ley y que espacialmente tengan un ámbito nacional; lo que importa al respecto, es que sean personas jurídicas autónomas, totalmente distintas de la Nación, entendida como 'el medio en que se produce el fenómeno Estado', cual la define León Duguit".

Contra esta providencia interpuso la parte actora el recurso de apelación que se procede a decidir.

El artículo 76 del Código judicial dispone que los tribunales superiores de distrito judicial conocen en primera instancia, entre otros negocios, "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40". Este artículo 40 reserva a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte (hoy a la Sala de Negocios Generales), por vía de excepción, el conocimiento de las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación, aunque ésta haya transferido, en todo o en parte, sus derechos.

La Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana fue creada por medio del Decreto extraordinario número 2797 de 21 de septiembre de 1954 (incorporado hoy en la Ley 79 de 1960), cuyo artículo 1º dispone: "Créase una entidad denominada Escuela Nacional de Aviación Colombiana (ENACC), que funcionará con las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, sujeta a sus propios estatutos, los cuales serán aprobados por el gobierno". Las demás disposiciones del decreto proveen a definir el objeto de la institución —"preparar el personal técnico para la aviación civil y propender por su fomento"—; a asegurar el funcionamiento de ella "con los elementos que se hayan adquirido con cargo a las partidas de fomento de la aviación, y con las partidas que figuren en el presupuesto para ese fin"; al establecimiento de la organización general mediante la determinación de los organismos administrativos superiores, y a la exención de toda clase de impuestos y de derechos aduaneros para los elementos que importe. El artículo 6º prescribe: "La Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana como persona jurídica autónoma, tiene libre administración y disposición de sus fondos y bienes y de las rentas que reciba, quedando sometida a la inspección fiscal de la Contraloría General de la República, por medio de la Auditoría Fiscal del Ministerio de Obras Públicas".

La doctrina y la práctica administrativas admiten dos procedimientos para la prestación de los servicios públicos: el directo y el indirecto o del establecimiento público.

Hay lugar al primero cuando el servicio se presta por los órganos directos o inmediatos de la administración, con cargo al tesoro del Estado; al segundo, cuando la satisfacción de una necesidad general se encarga a una institución de origen estadual, pero que cumple su función con autonomía e independencia y con medios económicos propios. Este último sistema se adopta cuando se trata de desarrollar funciones especializadas, de modo que constituye un procedimiento técnico para la prestación de ciertos servicios.

La institución que sirve de medio para la prestación del servicio o el desarrollo de la función social del Estado es de derecho público —establecimiento público— por su origen, por sus

fines y por los medios de que se vale para satisfacerlos; pero debe ser persona jurídica autónoma e independiente frente a la Administración, y poseer un patrimonio propio, pues que así lo exige la tecnificación del servicio. "Los establecimientos públicos se forman por un proceso de disociación, por desmembraciones del poder público —ha dicho León Blum—. Estos establecimientos son órganos desgarrados del cuerpo social gracias a la autonomía creciente conferida a los agentes que los cuidan. Son como piezas antes indisolublemente ligadas al poder central y a las cuales concede libertad de movimiento la sociedad moderna. Pero provienen siempre de una descentralización, de un movimiento centrífugo".

Esta última condición es la que caracteriza al procedimiento del establecimiento público y lo que por medio de él la administración se propone alcanzar: la descentralización del servicio con el ánimo de tecnificarlo; y como toda descentralización supone, jurídicamente y con criterio de conveniencia, la creación de una persona de derecho independiente y autónoma, la de los servicios del Estado se manifiesta mediante la creación de organismos dotados de un patrimonio que administran libremente, reconociéndoseles capacidad suficiente para disponer de él, y consiguientemente, para contratar y comparecer en juicio. El establecimiento público puede celebrar contratos aún con el Estado o la entidad de la cual es desmembración, lo que pone de relieve la distinción que la ley hace entre los dos.

Esta clara distinción entre la personalidad moral del Estado y la de los institutos descentralizados, y la separación de los respectivos patrimonios, hacen que sea imposible confundirlos para efecto de la aplicación de las reglas sobre competencia, especialmente ante lo prescrito en el artículo 40 del Código Judicial que distingue inequívocamente, para ese efecto, entre la Nación y "cualquier entidad o persona", debiendo entenderse incluídas en éstas a las "personas" jurídicas o "entidades" autárquicas desmembradas del Estado. El fuero especial que los artículos 40 y 76 del Código Judicial reconocen a la Nación ha sido consagrado en consideración a la persona que es sujeto activo o pasivo de la acción, o sea, que es de carácter subjetivo, por lo cual no pueden acogerse a él otros sujetos cuya personería para comparecer en juicio proviene de una personalidad y capacidad jurídicas distintas, como ocurre con los establecimientos públicos. Así como el fuero de que goza el Estado no puede considerarse extendido, sin disposición expresa de la ley, a las secciones en que éste se divide por virtud de la descentralización territorial, del mismo modo tampoco puede cobijar, sin norma particular que lo disponga, a las instituciones o establecimientos a que da lugar la descentralización por servicios.

La Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana es ciertamente un establecimiento público, por su origen en la ley y su carácter oficial; por deber su organización al Estado y hallarse sometida a su vigilancia y fiscalización no solamente en lo que concierne a su funcionamiento sino en lo financiero y económico; por estar dotada de personería jurídica y administrar autárquicamente un patrimonio que le ha sido asignado como propio, para el cumplimiento de sus fines; porque se propone la satisfacción de una necesidad de carácter general que en otra forma correspondería atender directamente al Estado. Es incuestionable, así pues, que posee una capacidad jurídica que la autoriza para obrar en lo relativo a sus bienes independientemente del Estado, y por tanto, para comparecer en juicio como entidad autónoma, sin que para este efecto pueda confundírsela con aquél, por lo cual ha de concluírse que no le son aplicables las normas de excepción que reglamentan la competencia en negocios civiles en que tiene parte la Nación sino que debe someterse a las ordinarias o comunes del Código Judicial.

En consecuencia, se confirma la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al tribunal de origen.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

CORRECCION DE LA DEMANDA. CADUCIDAD DE LA ACCION EN JUICIOS DE PETROLEOS. INTERPRETACION DE LA DEMANDA.

1. Oportunidades procesales de corregir la demanda. Corrección de la demanda y caducidad de la acción en juicios de petróleos. 2. Acción de dominio del subsuelo petrolífero. Formas distintas en que se cumple la etapa prejudicial o administrativa. Estructura fundamental de toda demanda. Interpretación de la misma a la luz de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya.

1. Los vicios, defectos o deficiencias de la demanda, según su naturaleza, pueden enmendarse por orden del juez, en el caso del artículo 738 del Código Judicial, respecto de los puramente formales, como la omisión del domicilio de alguna de las partes, aclaración sobre el nombre de éstas, clasificación y enumeración de los hechos, etc.; en todo caso, defectos o vicios que no inciden respecto del procedimiento o juicio en sí o de la acción o pretensión de la parte actora.

Si los defectos o vicios inciden en la acción procesal, el juez puede rechazar la demanda, que el actor no podrá en tal caso corregir o enmendar, sino que, en virtud de un nuevo acto de postulación, debe presentar otro libelo, el cual, por regla general, debe admitirse, salvo que el ejercicio de la acción esté condicionado a un término de caducidad, como ocurre con la de oposición a la propuesta de contrato para la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, sujeta en cuanto a su ejercicio, al plazo previsto en el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956.

Si el juez no hace uso de la facultad que le confiere el artículo 738 del Código Judicial, porque considera, por ejemplo, que no le compete ordenar la enmienda oficiosa de la demanda, en vista de que el vicio o defecto atañe a la viabilidad de la acción procesal, el demandante puede proponer la excepción dilatoria procedente, según la clasificación hecha por el artículo 330 del Código Judicial, como la de inepta demanda, con fundamento en el numeral 1º del artículo 333 en armonía con el artículo 222, ambos del Código citado.

Si ni el juez desecha la demanda ni la parte demandada propone la correspondiente excepción dilatoria, dentro del plazo legal, en tales condiciones, como un derecho procesal adquirido, el actor puede ejercer la facultad que le concede el artículo 208 del Código Judicial, con las limitaciones previstas en la doctrina.

En fin, si durante el desarrollo del proceso no se ha puesto remedio a los vicios o defectos, en cuanto afectan a la acción procesal, el juez debe abstenerse de dictar sentencia de fondo, para declararse inhibido por la falta del respectivo presupuesto procesal, como sería el de demanda en forma cuando no se ha determinado, por sus lindes, el inmueble objeto del litigio.

En este juicio de petróleos, como la demanda se presentó dentro del plazo legal, la cual se admitió mediante providencia que no fue objeto de reparo alguno, el fenómeno de la caducidad de la acción no se consumó; y por esto, por existir una demanda en curso, el actor está en capacidad de corregirla o enmendarla, como no ocurre lo mismo cuando ha sido desechada, porque no se puede corregir o enmendar lo que no existe. No puede, en consecuencia, accederse a declarar caducada la acción ejercitada por la parte actora.

2. Se demandó a la Nación en juicio ordinario de única instancia, para que se hiciera como principal esta declaración: "Que los predios denominados... salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado". Admitida la demanda, el apoderado presentó otro

memorial con el fin de aclarar o corregir la primitiva, en cuanto atañe a las lindes de las parcelas, antes omitidas, como también para insertar esta nueva petición: "Quinta. Que el Gobierno Nacional no puede contratar la exploración y explotación del petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse dentro de los predios... y que por tanto, debe excluírse del contrato que llegue a celebrarse con la Texas Petroleum Company o con sus cesionarios a cualquier título, el suelo y subsuelo de los mencionados predios..."

Admitida dicha aclaración o corrección, el señor Procurador delegado en lo civil interpuso reposición contra el auto que la admitió, con fundamento en este razonamiento: "Confrontando los dos escritos se desprenden las siguientes diferencias: El primero pretende que se declaren egresados del patrimonio nacional los predios objeto de demanda. Es decir, se intenta una acción de dominio. El segundo pretende que se declare de propiedad privada el subsuelo petrolífero de esos predios. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para decidir en una sola instancia acerca de los juicios de dominio que se instauren contra la Nación. Siendo en cambio competente para fallar sobre los juicios de petróleos. Como el plazo fijado por el Decreto 3050 de 1956 es de un año para intentar la acción de petróleos, éste se hallaba vencido a la fecha de la presentación de la demanda corregida y, en consecuencia, este despacho solicita: a) Que se reponga el auto por el cual se admitió la corrección, por cuanto ésta no se limitó a aclarar las lindes de los diversos predios, como en él se expresa, sino que fue más amplio, puesto que admitió una acción de petróleos que no se había intentado anteriormente, y b) Que en su lugar no se admita y se declare prescrita la acción de petróleos".

Son varias las cuestiones planteadas por el Procurador. En lo tocante a la competencia de la Sala, se hacen las siguientes consideraciones:

Sostiene el Procurador delegado que la Sala de Negocios Generales de la Corte no es competente, respecto de la acción primitivamente ejercitada por la parte actora, pues en ella solamente "se intenta una acción de dominio", en lugar de haber ejercitado desde el principio la de "propiedad privada" sobre el subsuelo petrolífero. Sin embargo, según se verá, la distinción intentada por el Agente del Ministerio Público no existe en realidad, porque no son distintas las acciones consecuentes, deducidas de la declaración principal.

La acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero no puede ejercitarse directamente ante la rama jurisdiccional, sino que ha menester de una etapa prejudicial o administrativa, prevista en los artículos 34 y 35 del Código de Petróleos, que se cumple en forma diferente según que el presunto propietario del subsuelo tome la iniciativa, o bien haga oposición a la propuesta de contrato presentada por un tercero.

En el primer caso, reglamentado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo, para explotar el petróleo, debe dar aviso al Ministerio de Minas y Petróleos con el fin de obtener el correspondiente permiso, si los títulos presentados los estima suficientes, en cuyo caso carece de interés jurídico para promover acción alguna, ya que el Estado no le disputa su derecho. En cambio, si los títulos no los considera suficientes, el Ministerio enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos juicios, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia del aviso. Mientras tanto no se podrá emprender en la exploración o explotación proyectadas. El aviso hará las veces de demanda. "Si el fallo fuere favorable a la Nación, el interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectadas; en caso contrario podrá emprenderlas".

En el otro supuesto, reglamentado en el artículo 34 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo puede oponerse a la propuesta de contrato ante el Ministerio, con las formalidades previstas en el inciso 4º del citado artículo, entre otras, con la presentación de los títulos de propiedad invocados, para que, suspendida la tramitación de la propuesta, se envíe la actuación a la Sala de Negocios Generales de la Corte con el objeto de que "resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición".

Si transcurridos dos meses a partir del cumplimiento de las formalidades exigidas en el primer inciso del artículo 34 del Código de Petróleos, no se ha presentado al Ministerio de Minas y Petróleos oposición alguna, los presuntos propietarios, en sendas demandas y dentro del plazo de un año, podrán ejercer la acción procedente para que se declare a quién pertenece el subsuelo,

en cuanto atañe al petróleo o hidrocarburos en cualquiera de sus estados físicos.

Con fundamento en la disposición precitada, la actora presentó la demanda en ejercicio de una acción petitoria, en cuanto pide se declare de propiedad particular el subsuelo petrolífero de los predios enumerados, porque, como pasa a verse, no otra cosa significa la primera declaración demandada.

En efecto, según ocurre en todo litigio, la demanda está integrada o edificada sobre un silogismo, en el cual la premisa mayor se forma con la respectiva disposición legal; la menor con los hechos que el actor debe invocar en la demanda y probar en el juicio; y la conclusión la constituyen las declaraciones o condenas impetradas en el libelo. Así en los litigios sobre la propiedad de los petróleos, el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953 dispone: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal..."; ahora, como la actora en el hecho tercero afirma que la antigua hacienda "El Vínculo", de la cual hacían parte los predios Maturín, el Triunfo, etc., "salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad a la reserva fiscal del petróleo", luego debe concluírse que demanda la declaración de que el petróleo del subsuelo de las parcelas citadas es de propiedad particular. Claro está que en el libelo no se observó el estricto y lógico orden expuesto, pero entre las disposiciones aplicables se invocó el antes copiado artículo 5º del Decreto 1056 de 1953, como también, tanto en la parte petitoria, como en los hechos, la circunstancia de haber salido las parcelas del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873; y es claro que de estas premisas el juez debe sacar la conclusión legal, antes descrita, porque se subentiende o fluye de las dos premisas invocadas, la de derecho (art. 5º) y la de hecho (hecho 3º).

De lo expuesto también se deduce otra conclusión o consecuencia, o sea, de que la actora ejercitó una acción declarativa, en orden a que se declare la propiedad privada del subsuelo; y en cuanto a la quinta petición, hecha en el escrito de corrección de la demanda primitiva, en sí misma, no es sino una declaración consecuente o que se deduce, como de su causa, de la impetrada declaración de ser de dominio privado el subsuelo de las parcelas descritas o alindadas en el segundo libelo, la cual, por otra parte, tampoco era del todo necesaria, porque "si el fallo fuere favorable a la Nación, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo; en caso contrario no se continuará la tramitación de la propuesta" (inc. 5º, art. 34, ibídem); o en caso de haberse celebrado, no le será oponible a la actora, si gana el pleito, porque "nemo tenetur ex alieno contractu" (art. 1602 del C. Civil).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

El apoderado de Cecilia Becerra de Sánchez demandó a la Nación en juicio ordinario de única instancia, según libelo de fecha 17 de septiembre de 1960, para que se hiciera, como principal, esta declaración: "Que los predios denominados 'Maturín', 'El Triunfo', 'Obra Pía o El Oasis' y 'Hospital o El Vallado', ubicados en jurisdicción del Municipio de Toca, Departamento de Boyacá y cuyos linderos constan en los títulos de propiedad correspondientes, salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado" (fs. 2 C. Nº 1).

En los primeros cinco hechos, el apoderado se refiere a los títulos de propiedad, como a la posesión económica de los predios, cuyas lindes omitió describir o indicar expresamente; sin embargo, en el sexto, se lee: "El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 1436 de 29 de noviembre de 1958, admitió la propuesta petrolífera de la Texas Petroleum Company número 952, cuyo extracto aparece publicado en el 'Diario Oficial' número 30050 de 17 de septiembre de 1959".

Como disposiciones aplicables, entre otras, invocó de modo expreso los artículos 5º y 34 del Código de Petróleos.

Admitida la demanda por auto de 24 de junio de 1961, previas algunas aclaraciones y la presentación del "Diario Oficial" en el cual aparece publicada la propuesta de contrato, dentro del término legal, el apoderado presentó otro memorial con el fin de corregir o aclarar la primitiva, en cuanto atañe a las lindes de las parcelas, antes omitidas, como también para insertar esta nueva petición:

"Quinta. Que el Gobierno Nacional, no puede contratar la exploración y explotación del petróleo y sus derivados que se encuentre o pueda encontrarse dentro de los predios 'Maturín', 'El Triunfo' o 'El Llano', 'Obra Pía o El Oasis' y 'Hospital o El Vallado' en la parte cubierta por la propuesta número 952 y que por tanto, debe

excluírse del contrato que llegue a celebrarse con la Texas Petroleum Company o con sus cesionarios a cualquier título, el suelo y subsuelo de los mencionados predios que se halle comprendido por dicha propuesta" (fs. 12 vto. ib.).

Por auto de 27 de julio de este año se admitió la dicha aclaración o corrección; y contra esta providencia ha interpuesto el recurso de reposición el señor Procurador 1º Delegado en lo civil, con fundamento en este razonamiento:

"Confrontando los dos escritos, se desprenden las siguientes diferencias:

"El primero pretende que se declaren egresados del patrimonio nacional los predios objeto de demanda. Es decir se intenta una acción de dominio.

"El segundo pretende que se declare de propiedad privada el subsuelo petrolífero de esos predios.

"La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para decidir en una sola instancia acerca de los juicios de dominio que se instauren contra la Nación. Siendo, en cambio, competente para fallar sobre los juicios de petróleos.

"Como el plazo fijado por el Decreto 3050 de 1956 es de un año para intentar la acción de petróleos, éste se hallaba vencido a la fecha de la presentación de la demanda corregida y, en consecuencia, este despacho solicita: a) Que se reponga el auto por el cual se admitió la corrección, por cuanto ésta no se limitó a aclarar las lindes de los diversos predios, como en él se expresa, sino que fue más amplio, puesto que admitió una acción de petróleos que no se había intentado anteriormente, y b) Que en su lugar no se admita y se declare prescrita la acción de petróleos" (fs. 17 ib.).

Para resolver el recurso de reposición, se considerarán las dos cuestiones propuestas por el Procurador 1º Delegado en lo civil, así: primera, oportunidad y procedencia de la enmienda de la demanda; y segunda, competencia de la Sala para conocer de la acción ejercitada en la corrección.

I. Oportunidad de la corrección de la demanda. Los vicios, defectos o deficiencias de la demanda, según su naturaleza, pueden enmendarse por orden del juez, en el caso del artículo 738 del Código Judicial, respecto de los puramente formales, como la omisión del domicilio de alguna de las partes, aclaración sobre el nombre de éstas, clasificación y enumeración de los hechos, etc.; en todo caso, defectos o vicios que no inciden respecto del procedimiento o juicio en sí o de la acción o pretensión de la parte actora.

Si los defectos o vicios inciden en la acción procesal, el juez puede rechazar la demanda, que el actor no podrá en tal caso corregir o enmendar, sino que, en virtud de un nuevo acto de postulación, debe presentar otro libelo, el cual, por regla general, debe admitirse, salvo que el ejercicio de la acción esté condicionado a un término de caducidad, como ocurre con la de oposición a la propuesta de contrato para la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, sujeta en cuanto a su ejercicio, al plazo previsto en el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956.

Si el juez no hace uso de la facultad que le confiere el artículo 738 del Código Judicial, porque considera, por ejemplo, que no le compete ordenar la enmienda oficiosa de la demanda, en vista de que el vicio o defecto atañe a la viabilidad de la acción procesal, el demandado puede proponer la excepción dilatoria procedente, según la clasificación hecha por el artículo 330 del Código Judicial, como la de inepta demanda, con fundamento en el numeral 1º del artículo 333 y en armonía con el artículo 222, ambos del Código citado.

Si ni el juez desecha la demanda ni la parte demandada propone la correspondiente excepción dilatoria, dentro del plazo legal, en tales condiciones, como un derecho procesal adquirido, el actor puede ejercer la facultad que le concede el artículo 208 del Código Judicial, con las limitaciones previstas en la doctrina.

En fin, si durante el desarrollo del proceso no se ha puesto remedio a los vicios o defectos, en cuanto afectan a la acción procesal, el juez debe abstenerse de dictar sentencia de fondo, para declararse inhibido por la falta del respectivo presupuesto procesal, como sería el de demanda en forma cuando no se ha determinado, por sus lindes, el inmueble objeto del litigio.

Por tanto, en el caso debatido, como la demanda se presentó dentro del plazo legal, la cual se admitió mediante providencia que no fue objeto de reparo alguno por el Procurador Delegado en lo civil, el fenómeno de la caducidad de la acción no se consumó; y por esto, *por existir una demanda en curso,* el actor está en capacidad de corregirla o enmendarla, como no ocurre lo mismo cuando ha sido desechada, porque no se puede corregir o enmendar lo que no existe.

No puede, en consecuencia, como lo pide el Procurador Delegado en lo civil, declararse caducada la acción ejercitada por la parte actora.

II. Competencia de la Sala. Considera el Procurador Delegado que la Sala de Negocios Generales, respecto a la acción primitivamente ejercitada por la parte actora, no es competente, pues solamente se "intenta una acción de dominio", en lugar de haber ejercitado desde el principio la de "propiedad privada" sobre el subsuelo petrolífero; sin embargo, según se verá, la distinción intentada por el A. del M. P. no existe en realidad, porque no son distintas las acciones consecuentes, deducidas de la declaración principal.

La acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero no puede ejercitarse directamente ante la rama jurisdiccional, sino que ha menester de una etapa prejudicial o administrativa, prevista en los artículos 34 y 35 del Código de Petróleos, que se cumple en forma diferente según que el presunto propietario del subsuelo tome la iniciativa, o bien haga oposición a la propuesta de contrato presentada por un tercero.

En el primer caso, reglamentado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo, para explotar el petróleo debe dar aviso al Ministerio de Minas y Petróleos con el fin de obtener el correspondiente permiso, si los títulos presentados los estima suficientes, en cuyo caso carece de interés jurídico para promover acción alguna, ya que el Estado no le disputa su derecho. En cambio, si los títulos no los considera suficientes, el Ministerio "enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos juicios, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia del aviso. Mientras tanto no se podrá emprender en la exploración o explotación proyectadas. El aviso hará las veces de demanda.

"Si el fallo fuere favorable a la Nación, el interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectadas; en caso contrario, podrá emprenderlas".

En el otro supuesto, reglamentado en el artículo 34 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo puede oponerse a la propuesta de contrato ante el Ministerio, con las formalidades previstas en el inciso 4º del citado artículo, entre otras, con la presentación de los títulos de propiedad invocados, para que, suspendida la tramitación de la propuesta, se envíe la actuación a la Sala de Negocios Generales de la Corte con el objeto de que "resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.

Si transcurridos dos meses a partir del cumplimiento de las formalidades exigidas en el primer inciso del artículo 34 del Código de Petróleos, no se ha presentado al Ministerio de Minas y Petróleos oposición alguna, los presuntos propietarios, en sendas demandas y dentro del plazo de un año, podrán ejercitar la acción procedente para que se declare a quién pertenece el subsuelo, en cuanto atañe al petróleo o hidrocarburos en cualquiera de sus estados físicos.

Con fundamento en la disposición precitada, la actora presentó la demanda en ejercicio de una acción *petitoria*, en cuanto pide se declare de propiedad particular el subsuelo petrolífero de los predios enumerados, porque, como pasa a verse, no otra cosa significa la primera declaración demandada.

En efecto, según ocurre en todo litigio, la demanda está integrada o edificada sobre un silogismo, en el cual la premisa mayor se forma con la respectiva disposición legal; la menor con los hechos que el actor debe invocar en la demanda y probar en el juicio; y la conclusión la constituyen las declaraciones o condenas impetradas en el libelo. Así en los litigios sobre la propiedad de los petróleos, el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953 dispone: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal..."; ahora, como la actora en el hecho tercero afirma que la antigua hacienda "El Vínculo", de la cual hacían parte los predios Maturín, El Triunfo, etc., "salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad a la reserva fiscal del petróleo", luego debe concluírse que demanda la declaración de que el petróleo del subsuelo de las parcelas citadas es de propiedad particular. Claro está que en el libelo no se observó el estricto y lógico orden expuesto, pero entre las disposiciones aplicables se invocó el antes copiado artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953, como también, tanto en la parte petitoria, como en los hechos, la circunstancia de haber salido las parcelas del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873; y es claro que de estas premisas el juez debe sacar la conclusión legal, antes descrita, porque se subentiende o fluye de las dos premisas invocadas, la

de derecho (art. 5º) y la de hecho (hecho tercero).

De lo expuesto también se deduce otra conclusión o consecuencia, o sea, de que la actora ejercitó una acción declarativa, en orden a que se declare la propiedad privada del subsuelo; y en cuanto a la quinta petición, hecha en el escrito de corrección de la demanda primitiva, en sí misma, no es sino una declaración consecuente o que se deduce, como de su causa, de la impetrada declaración de ser de dominio privado el subsuelo de las parcelas descritas o alindadas en el segundo libelo, la cual, por otra parte, tampoco era del todo necesaria, porque "si el fallo fuere favorable a la Nación, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo; en caso contrario no se continuará la tramitación de la propuesta" (inc. 5º art. 34 ib.); o en caso de haberse celebrado, no le será oponible a la actora, si gana el pleito, porque "nemo tenetur ex alieno contractu" (art. 1602 del C. C.).

Los otros extremos de hecho, como el título de propiedad expedido antes de 1873, la singularización de los distintos predios, tanto del todo como de la parte, la identificación de los inmuebles descritos en los títulos, en la demanda y sobre el terreno, no son cuestiones que deben estudiarse ahora, sino en la sentencia de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso.

Por lo expuesto, se niega la reposición demandada por el Procurador 1º Delegado en lo civil, respecto del auto de fecha 27 de julio de este año.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

IDENTIFICACION DE PREDIOS EN JUICIOS DE PETROLEOS.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre 29 de 1961.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

La sociedad "Compañía de Terrenos de Loba Limitada", constituída por escritura pública número 3776 de 24 de octubre de 1958, de la Notaría 1ª de Bogotá, por medio de apoderado judicial nombrado por su gerente, presentó demanda ante esta Sala de la Corte para que se hicieran contra la Nación las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el globo de terreno denominado Tierras de Loba, de propiedad de mi mandante, determinado en el hecho 12 de esta demanda por su ubicación, extensión superficiaria aproximada y linderos, salió del patrimonio del Estado en virtud de título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

"Segunda. Que en consecuencia el subsuelo petrolífero de ese globo de terreno, o sea el petróleo, gases y demás hidrocarburos que se hallen en el subsuelo de ese globo de terreno, son de propiedad particular de mi poderdante la Compañía de Terrenos de Loba Ltda.".

"Tercera. Que por consiguiente el subsuelo petrolífero del referido globo de terreno y el petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como de propiedad privada de la Compañía de Terrenos de Loba Ltda. y su explotación no puede adelantarse por la Colombian Petroleum Company, proponente de las propuestas números 907, 908 y 909 ni por ninguna otra persona natural o jurídica distinta de la Compañía de Terrenos de Loba Ltda.".

"Cuarta. Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Colombian Petroleum Company contrato de exploración y explotación, como si fuesen de propiedad nacional, el petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, por hallarse éste ubicado dentro del perímetro de las propuestas números 907, 908 y 909 dichos contratos deben declararse terminados en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el inciso 3º del artículo 2º del Decreto 3050 de 1936".

"Quinta. (Subsidiaria). Que en subsidio el globo de terreno denominado Tierras de Loba, de propiedad de mi mandante, determinado en el hecho 12 de esta demanda por su ubicación, extensión superficiaria aproximada y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 por justa prescripción originada en la posesión inmemorial de esas tierras acompañada de su explotación económica; que, en consecuencia, el subsuelo petrolífero de ese globo de terreno, o sea el petróleo, gases y demás hidrocarburos que se hallen en ese subsuelo, son de propiedad particular de mi poderdante la Compañía de Terrenos de Loba Ltda., los cuales por consiguiente sólo pueden explotarse como de propiedad privada de dicha Compañía y su explotación no puede adelantarse por ninguna otra persona natural o jurídica".

Para fundamentar tales declaraciones enumeró los siguientes hechos:

"1º El capitán Diego Ortiz Nieto se dirigió en 1637 al Gobernador y Capitán General de la provincia de Cartagena en los siguientes términos: 'Que después de haber servido a Su Majestad en sus reales Galeras de los Reinos de España... Y también administrando justicia como Alcalde ordinario de esta villa para más continuar mis servicios hechos a Su Majestad a mi costa salí con soldados a la busca de un palenque de negros cimarrones en esta jurisdicción que tuve aviso querían infestar esta villa. Y al cabo de muchos días que anduve en busca, topé con una sabana muy dilatada, yerma u despoblada cuya entrada es por el río que llaman Norosí; arriba i a un cuarto de legua de él está un caño cuyo nombre es el de las culebras que va a salir a la ciénaga de un Palenque, i a una legua de esta dicha ciénaga a mano izquierda junto a unos cerrillos en esta dicha sabana. Y por la otra parte corre hasta el río de Cauca i antes de lle-

gar a él está la ciénaga a quien puse el nombre de Nuestra Señora del Rosario i la de Loba vieja que linda con la dicha sabana, hasta salir a la boca del dicho río, de carivona por los cerrazos que llaman, la que tiene de término más de treinta leguas, tierra mui al propósito para fundar Hacienda de ganado mayor i menor i de todo género i sus montes para labores...' 'Y porque yo como vasallo de Su Majestad lo quiero más bien servir con poblar las dichas sabanas i tierras, ...' 'i que yo tenga algún premio de mi trabajo i descubrimientos, tengo necesidad de que usted como Gobernador i Capitán General que es de la ciudad i provincia de Cartagena en virtud de los Reales poderes que tiene Su Majestad se sirva hacerme merced de ciento i cincuenta caballerías de tierra en dichas sabanas i cincuenta en las montañas de bajo de los límites i linderos inclusos en mi relación, mandándome despachar título de ellas en propiedad para mi i mis sucesores o quien de nos haya causa, pues estos cabe i tiene lugar de hacérseme en mi como tal descubridor. I aunque el Rei nuestro señor encarga por sus Reales cédulas sean premiados, mandando que el Alguacil mayor de esta villa o la persona que usted fuere servido vaya a la dicha parte a entregar la posesión de las dichas caballerías de tierra en la forma referida a quien ofrezco avío i toda costa i pagar lo que usted señalare...' 'A usted pido i suplico mande a concederme las dichas doscientas caballerías de tierra en la parte i para los efectos que refiero...'."

"2º El Gobernador y Capitán General de la provincia de Cartagena accedió a lo solicitado por el capitán Diego Ortiz Nieto en los siguientes términos: 'I vista esta petición por el señor Don Nicolás de la Raspurg, caballero de la orden de Santiago, Gobernador i Capitán de esta Provincia de Cartagena, dijo: Que en virtud de los Reales Poderes que tiene de S. M. atento a que son muy notorios los servicios que representa haber hecho el Capitán Diego Ortiz, le concede i hace merced de las doscientas caballerías de tierra que pide, según i para los efectos que su petición declara que el susodicho i sus sucesores i descendientes las tengan i gocen perpetuamente por juro de heredad, cuya merced se hace sin perjuicio de Patronazgo Real i de tercero que mejor derecho tenga a ellas o a cualquier parte de ellas. I de los indios naturales, i con que pague el Real derecho de Media Annata a S. S. perteneciente, i de todo se le despache título en forma con inserción de la petición i este derecho I así lo proveyó i informó. D. Nicolás de la Raspurg...' 'en la villa de Mompós en nueve de enero de mil i seiscientos i treinta i siete años'."

"3º El 1º de marzo de 1637 Dn Francisco Cañizares comisionado al efecto, dió posesión al capitán Ortiz Nieto de las tierras que se le dieron en merced".

"4º El 12 de abril de 1646, el nuevo Gobernador y Capitán General de la provincia de Cartagena, Dn. Luis Fernández de Córdoba confirmó al capitán Ortiz Nieto el título de merced concedido por Dn. Nicolás de la Raspurg, debido a que cuando el Gobernador de la Raspurg otorgó la merced solicitada por el capitán Ortiz Nieto, no había sido aún recibido en Cartagena como cabeza del Gobierno y sí se había suspendido el cumplimiento de su posesión".

"5º El 10 de junio de 1681, doña María Ortiz Nieto adquirió las tierras concedidas en merced al capitán Diego Ortiz Nieto por remate efectuado en la Villa de Mompós dentro del concurso de acreedores seguido a su finado padre el capitán Diego Ortiz Nieto; tierras que se llamaron hacienda o sitio de Loba".

"6º El 15 de marzo de 1738, se efectuó en Mompós la diligencia de remate de la Hacienda de Loba o Tierras de Loba que quedaron por fin y muerte del Presbítero doctor don Inacio De La Roche y La Barces quien la hubo de su madre doña Clemencia De La Roche y a su vez ésta de doña María Ortiz Nieto. El dicho remate de tierras fue adjudicado al capitán Matías Felipe De La Sala. En los días 24 de marzo y 16, 17 y 19 de abril de 1738, se hizo entrega al referido capitán Matías Felipe De La Sala de las tierras rematadas con sus esclavos, semovientes y cultivos".

"7º El 30 de septiembre de 1740 por medio de escritura otorgada ante escribano público los albaceas del difunto capitán Matías Felipe De La Sala, vendieron a don José Fernando de Mier y Guerra las Tierras de Loba".

"8º Don José Fernando de Mier y Guerra otorgó testamento el 11 de agosto de 1778, y en la cláusula 51 y 58 dispuso:

Cláusula. 51. It. Para el segundo vínculo y mayorazgo qe. llevo despuesto y debe establecerse, y fundarse sobre las dos haziendas de Loba y Carrera Larga en los términos ya explicados, llamo y señalo por mi primer poseedor de él, como así es mi voluntad a don Gonzalo José de Hoyos, también mi sobrino carnal, para que disfrute su vida y desde el tiempo que prebendré goze y se aproveche de todos sus usufructos, y rentas, conservando siempre íntegro y sin menos-

cabo el principal, pasado después de su muerte como pasará a sus hijos descendientes si los tubiere y procrearse con su legítima actual consorte Da. María Ignacia de Hoyos, igualmente mi sobrina, o por qe. no teniendo hijos con ella, llegando esta a fallecer, y sobre viviendo le dicho mi sobrino D. Gonzalo pasare tal vez (coram Facie Eclesie) a segundas; terceras nupcias, etc. con personas de su igual, no desgenerando, y los tubiese con cualquiera de estas, habrá desde luego de seguir como seguirá en esta virtud la sucesión por esta misma línea, respectivamente con total exclusión de los naturales, y prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varón a la hembra en los términos ya prevenidos. Y para en el caso de fallecer el expresado D. Gonzalo José de Hoyos, sin dejar sucesión, ni descendencia legítima, o porque teniéndola llegue en algún tiempo a faltar y terminar enteramente esta, es mi voluntad pase luego por su muerte el contenido mayorazgo, estando a lo primero, o por la total conclusión y acabamiento de sus legítimos succesores, y descendientes, acciendo lo segundo, a la mencionada Casa de Mier pa. que lo posea y goce el mayor y Señor de ella que al tiempo fuese y lo sea en lo succesivo por él mismo orden y prelación qe. advierte el llamamiento contenido en la cláusula antecedente, guardandose enteramente todas sus condiciones y circunstancias...

"Cláusula 58. Item; declaro ser mi voluntad qe. luego a mi fallecimiento entre mi sobrino D. Gonzalo José de Hoyos en la posesión y goce de las dos haziendas de Loba, y Carrera Larga con todo lo qe. les corresponde según va declarado, y tengan al tiempo, en si mismo de su conocida pertenencia para qe. disponga y pueda disponer a su propio veneficio de todos sus usufructos puramente sin tocar en manera alguna en su fondo principal y que dentro de los primeros seis meses después de mi ovito aprovechando el tiempo oportuno se proceda sin falta judicialmente con las devidas solemnidades al establecimiento y fundación del Mayorazgo a qe. las llebo destinadas agregandose les lo que expresamente les he agregado, y deviendo ser executado precisamente por mi primer Albacea, o el que al tiempo por su muerte exerza esta comición".

"9º Dn. Gonzalo José de Hoyos y Mier, Marqués de Torre Hoyos ocurrió ante el Rey de España Don Carlos III con el fin de obtener de dicho Soberano la ratificación y reconocimiento de sus derechos como propietario de las Tierras de Loba, lo cual obtuvo por medio de Real Cédula expedida en Aranjuez a 27 de mayo de 1788".

"10º Como se dice en el texto de la Cédula Real, antes mencionada, para hacer la confirmación del Título a favor del Marqués de Torres Hoyos, el Rey tuvo en consideración la primitiva concesión de doscientas caballerías de tierra en el término nombrado en Loba Vieja, ejecutado por el Gobernador de aquella provincia al Capitán Diego Ortiz Nieto, su descubridor en el año de 1637 y sus derivaciones sucesivas hasta haber recaído en él su dominio".

"11º Por medio de esta misma Cédula se aprobó el deslinde practicado entre las Tierras de Loba y los Ejidos de Mompós el 3 de julio de 1786 que el Arzobispo Virrey don Antonio Caballero y Góngora había sancionado en Real Providencia expedida en Turbaco el 31 de mayo de 1786 por estar de acuerdo con el apeo anterior ejecutado el 5 de octubre de 1779 y ambos arreglados a las especificadas demarcaciones contenidas en las mercedes o títulos respectivos".

"12º Por consiguiente, los linderos de lo adjudicado en merced al capitán Diego Ortiz Nieto en 1637 y confirmado a favor del Marqués de Torres Hoyos por la corona en 1788, son: Por el Norte los ejidos de Mompós tal como existían en 1779 y en 1786; por el Oeste una línea que comienza en 'las dos bocas de Cicuco o Sicuco y Chicagua que caen en derechura de la ciénaga grande' (o sea hacia el sur) y el río Cauca; por el sur una línea que arrancando de la quebrada de Norosí cerca al caño de las Culebras va a dar al río Cauca pasando por la ciénaga a quien el descubridor de los terrenos de Loba puso el nombre de Nuestra Señora del Rosario y la de Loba Vieja; por el oriente desde la boca de la Ribona en el río Magdalena, río arriba hasta buscar el sitio en la quebrada de Norosí en donde el capitán Diego Ortiz Nieto entró a la sabana en donde él solicitó le adjudicaran las doscientas caballerías".

"13º A la muerte del Marqués de Torre Hoyos, hecho ocurrido el 14 de abril de 1805, el vínculo o mayorazgo perpetuo fundado y establecido por don José Fernando de Mier y Guerra y sobre las tierras de Loba recayó en cabeza de la marquesa de Torre Hoyos, Doña María Isabel de Hoyos y Hoyos hija primogénita del marqués de Torre Hoyos, ya que el marqués tuvo un hijo varón pero que murió joven. En efecto dice así el testamento; 'item declaro que fuy casado y velado según orden de nuestra santa madre iglesia con doña María Isabel de Hoyos mi prima, difunta natural que fue de esta villa heredera e hija legítima del maestro de campo Don José Antonio de Hoyos y de Doña Torivia de Tres

Palacios Mier ambos también fallecidos, de cuyo matrimonio tuvimos legítimamente y procreamos cuatro hijos a saber: Doña María Josefa Isabel, Doña Francisca Torivia legítima consorte de Don Francisco Manuel Domínguez de Castillo, vecino de Santa Fe, que actualmente viven, Doña Josefa Joaquina, que falleció el día 24 de diciembre del año próximo pasado de 1803, de edad de 18 años cumplidos y Don Francisco de Paula, que también murió de los meses de nacido'."

"14º En el juzgado único civil del Circuito de Mompós se declaró abierta el 8 de septiembre de 1938, la sucesión testamentaria de la señora María Isabel de Hoyos, marquesa de Torres Hoyos, quien había muerto en Mompós el 10 de septiembre de 1848. Dentro de ese juicio, posteriormente, se declaró abierto el juicio intestado de la señora Tomasa Epalza Hoyos; se ordenó citar personalmente al señor síndico recaudador de impuesto de sucesiones; se dispuso dar aviso al público fijando edicto en la tabla de la secretaría del juzgado por el lapso de un mes, a efecto de llamar a todos los que se creyeran con derecho a intervenir en los juicios sucesorios expresados, y que se fijaran carteles murales y se publicaran en un periódico de la localidad, en el oficial del departamento de la Nación, que de cada una de esas piezas se agregara el comprobante al expediente; se les reconoció el carácter de herederos, sin perjuicio de terceros y con beneficio de inventarios a los asignatarios por causa de muerte designados en el testamento de la causante María Isabel de Hoyos, Isabel Epalza Herrera, Vicenta Herrera Epalza, Candelaria Herrera Epalza y Tomasa Epalza Hoyos; se reconoció el carácter de cesionaria a la sociedad anónima American Colombian Corporation del derecho de herencia correspondiente a los herederos declarados, en lo relativo al dominio de las Tierras de Loba, de acuerdo con sucesivas tradiciones".

"15º El 8 de noviembre de 1938 el juzgado civil único del circuito de Mompós decretó en favor de la sociedad anónima denominada American Colombian Corporation como cesionaria de todos los derechos de herencia sobre el único bien inventariado en los juicios de sucesiones acumuladas de las señoras María Isabel de Hoyos y Tomasa Epalza de Hoyos, la posesión efectiva de la herencia.

"Dicho decreto de posesión efectiva fue registrado el 7 de diciembre de 1938, en el libro de causas mortuorias, tomo 1º año de 1938, número 22, folios 75 y 79 de la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados del circuito de Mompós.

"El 24 de octubre de 1958, por escritura pública número 3776, Notaría 1ª de Bogotá, se constituyó la sociedad de responsabilidad Ltda. Compañía de Terrenos de Loba Ltda. de la que son socios únicos el doctor Francisco Urrutia y la American Colombian Corporation. Esta sociedad aportó a la que se constituía como su participación de capital los derechos de propiedad que tiene sobre los terrenos denominados Tierras de Loba, derechos que había adquirido de acuerdo con la adquisición de derechos herenciales sobre las mismas tierras".

"Mi poderdante la Compañía de Terrenos de Loba Ltda. es la actual propietaria y poseedora inscrita del globo de terreno conocido con el nombre de Tierras de Loba y la tradición del dominio de ese globo comprendiendo un período de más de 20 años o sea un período mayor del de la prescripción extraordinaria.

"16º El globo de terreno denominado Tierras de Loba salió del dominio de la Nación con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de título emanado del estado.

"17º Subsidiariamente, el globo de terreno denominado Tierras de Loba salió del dominio del estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 por justa prescripción".

"18º En el largo trayecto de las sucesivas tradiciones del dominio de las Tierras de Loba aparecen comprobados hechos que constituyen explotación económica como son el establecimiento de hatos ganaderos, cultivos agrícolas, servicio de capellanía, censos, y pago de terrajes, etc....".

"19º Las Tierras de Loba están determinadas por linderos o límites arcifinios y son determinables sobre el terreno.

"20. El área de las propuestas números 907, 908 y 909 formuladas por la Colombian Petroleum Company el 22 de enero de 1957 se superpone a la superficie de Tierras de Loba".

En cuanto a los fundamentos de derecho aparecen citadas las siguientes disposiciones legales: "artículo 2º del Decreto Ley número 3050 de 13 de diciembre de 1956 y disposiciones concordantes; artículos 34, 36, 69 y demás disposiciones concordantes del Código de Petróleos; artículo 1º de la Ley 50 de 1936; artículos 734, 763, inclusive, del Código de Procedimiento Civil y disposiciones concordantes; artículo 40 de la Ley 28 de 1931; Cédula Real dada en Aranjuez el 27 de mayo de 1888; Código de Indias; Cédulas de El Pardo, de San Lorenzo, de San Ildefonso y demás Cédulas Reales sobre adjudicaciones de tierras; Leyes de 11 de octubre de

1821, de 30 de marzo de 1843, 70 de 1866 y Código Fiscal de 1873".

La tramitación propia de juicios como el presente se encuentra agotada.

El señor Procurador Segundo delegado en lo civil descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la sociedad demandante.

Los presupuestos procesales aparecen debidamente establecidos.

En síntesis, la sociedad actora alega lo siguiente: a) Que es actual propietaria del predio denominado "Tierras de Loba" con los linderos indicados en el hecho 12; b) Que tal predio salió del patrimonio del estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ya porque fue objeto de merced y confirmación por parte de competentes autoridades coloniales, o en virtud de "justa prescripción"; y c) Que las propuestas 907, 908 y 909, formuladas por la Colombian Petroleum Company para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional y que fueron aceptadas por el Gobierno, se superponen al globo de tierra en referencia.

Para establecer tales hechos que, a la luz de los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos, constituyen los de acciones como la presente, la parte actora ha debido comprobar que los títulos de propiedad actual sobre los Terrenos de Loba corresponden a los terrenos delimitados en el hecho 12 de la demanda; de otro lado, que esos terrenos integran en la realidad los que fueron objeto de la merced y confirmación que le fue hecha al capitán Diego Ortiz Nieto por el Gobernador y Capitán General de la Provincia de Cartagena. Finalmente, que dichas tierras de Loba están comprendidas dentro de los linderos de las propuestas 907, 908 y 909.

Durante el término probatorio el apoderado de la sociedad demandante pidió la práctica de una inspección ocular con el objeto de localizar sobre el terreno las extensiones superficiarias que fueron objeto de las aludidas merced y confirmación, localización indispensable para poder verificar la identificación de dichas extensiones con el globo de tierra de que actualmente es propietaria la sociedad actora y cuyo subsuelo petrolífero constituye el objeto de la demanda. Tal diligencia también perseguía establecer la superposición de las propuestas sobre los terrenos de Loba, y aunque su práctica fue decretada, no se llevó a cabo por no haber proveído a su realización la parte interesada. De consiguiente quedaron sin comprobación los fundamentos básicos de la acción, por lo que se impone dictar sentencia de rechazo, sin que sea necesario, como anota el señor Procurador delegado, entrar a estudiar lo relacionado con la excepción de cosa juzgada, propuesta en forma subsidiaria por él mismo.

En cuanto a la prescripción, alegada también en la demanda, ninguna prueba se allegó a su respecto, ni, por otra parte, se mencionaron los hechos concretos que la hubieran consumado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Declárase infundada la oposición que la "Compañía de Terrenos de Loba", hizo a las propuestas números 907, 908 y 909 formuladas por la Colombian Petroleum Company para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, y por consiguiente se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

RENUNCIA DEL APODERADO. SUSPENSION DEL PROCESO.

Condiciones para que el apoderado renunciante quede desligado de su obligación. La renuncia del apoderado no produce automáticamente la suspensión del proceso.

El artículo 265 del Código Judicial dice: "La renuncia no pone término al poder si no queda sustituto en reemplazo, o no se hace saber por notificación personal al poderdante sustituidor". Por consiguiente, como en el proceso no existe sustituto, el renunciante debía pedir la notificación personal al respectivo poderdante, con el objeto de quedar desligado de tal representación; pero aun en el supuesto de que se llene esta formalidad, tampoco el proceso se suspende ipso facto, porque, informado el mandante, está en el deber de atender a su competente defensa, para no sufrir las consecuencias del voluntario abandono del juicio.

Si así no fuera, si la escueta renuncia del mandatario produjera efecto ipso facto, bastaría ocurrir a este fácil subterfugio para suspender el proceso indefinidamente, con evidente desconocimiento del artículo 360 del Código Judicial, en armonía con el numeral 1º del artículo 370 del mismo Código; o bien si el proceso se ha adelantado, no obstante la renuncia del mandatario, demandar la declaración de nulidad de lo actuado con fundamento en un acto propio de la parte a quien favorecía tal declaración, por lo menos para retrotraer términos, practicar o mejorar pruebas, etc., con manifiesto daño de la contraparte que se vería en el caso de soportar graves y quizás irreparables perjuicios por la actuación del apoderado renunciante.

Del todo innecesario es advertir que la notificación personal de la renuncia al mandante, corresponde solicitarla y llevarla a efecto al apoderado renunciante, porque ni el juez está obligado a hacerlo oficiosamente, ni la parte demandada, en este caso, puede asumir una carga no impuesta por la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

El apoderado de la parte actora solicitó reposición del auto "por medio del cual se ordenó dar los autos en traslado a las partes, por la simplísima razón de que, no estando debidamente representada en el juicio la parte actora, por renuncia expresa y solemne del anterior mandatario, la continuación del procedimiento en tales circunstancias envuelve una clásica nulidad, debido a la carencia de personería adjetiva de la parte actora y por la falta de notificación personal a ella misma; al mismo tiempo que se cometería una injusticia, al no permitirle a dicha parte su presencia en el juicio con las garantías de la Ley colombiana".

Como la insubsistencia del auto para alegar tenía como causa la nulidad de lo actuado, según el decir del apoderado de la parte demandante, se dispuso la tramitación del respectivo incidente, el cual se resuelve por esta providencia, con fundamento en las consideraciones que siguen.

El artículo 265 del Código Judicial dice: "La renuncia no pone término al poder si no queda sustituto en reemplazo, o no se hace saber por notificación personal al poderdante sustituidor". Por consiguiente, como en el proceso no existe sustituto, el renunciante debía pedir la notificación personal al respectivo poderdante, con el objeto de quedar desligado de tal representación; pero aún en el supuesto de que se llene esta formalidad, tampoco el proceso se suspende *ipso facto,* porque informado el mandante, está en el deber de atender a su competente defensa, para no sufrir las consecuencias del voluntario abandono del juicio.

Si así no fuera, si la escueta renuncia del mandatario produjera efecto *ipso facto,* bastaría ocurrir a éste fácil subterfugio para suspender el proceso indefinidamente, con evidente desconocimiento del artículo 360 del Código Judicial, en armonía con el numeral 1º del artículo 370 del mismo Código; o bien si el proceso se ha adelantado, no obstante la renuncia del mandatario, demandar la declaración de nulidad de lo actuado con fundamento en un acto propio de la parte a quien favorecía tal declaración, por lo menos para retrotraer términos, practicar o mejorar pruebas, etc., con manifiesto daño de la contraparte que se vería en el caso de soportar graves y quizá irreparables perjuicios, por la actuación del apoderado renunciante.

Del todo innecesario es advertir que la notificación personal de la renuncia al mandante, corresponde solicitar y llevarla a efecto al apoderado renunciante, porque ni el juez está obligado a hacerlo oficiosamente, ni la parte demandada, en este caso, puede asumir una carga no impuesta por la ley.

Por lo demás, las providencias dictadas al respecto fueron en extremo claras, pues, en auto de 22 de febrero de este año se dijo: "De acuerdo con el artículo 265 del Código Judicial, no se acepta la renuncia del mandato, presentada por el apoderado..., mientras no quede el sustituto que deba reemplazarlo en el presente juicio".

Pedida la notificación personal por el apoderado dimitente, en providencia de 9 de marzo de este año, se resolvió: "Como se solicita en el memorial anterior, notifíquese personalmente al poderdante Pedro Barrault la renuncia que del poder hace su mandatario, doctor..., a quien se entregará la correspondiente orden de comparendo, a fin de que aquél concurra a la Secretaría de la Sala a recibir la aludida notificación, sin que por esto se entienda suspendido el curso normal del proceso".

Por lo expuesto, se niega la declaración de nulidad de lo actuado, como también la revocación del auto de fecha 10 de julio pasado, en el cual se ordenó entregar el expediente a las partes para alegar.

De acuerdo con el numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial, la Secretaría librará el correspondiente despacho al juez civil del Circuito del Socorro, como así se tiene ordenado en el aparte IV del auto de 11 de marzo de 1958.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

ACCION DE OPOSICION EN JUICIOS DE PETROLEOS.

1. Objeto propio de estos litigios. 2. Identificación de los predios mercedados. La falta de indicación de linderos en los títulos primitivos no puede suplirse con documentos otorgados entre particulares.

1. En lo tocante al objeto de estos litigios sobre petróleos, se observa que en el caso de autos la parte actora comienza por solicitar que se declare que los dos lotes de terreno que describe por sus linderos, salieron del dominio del estado en virtud de un título anterior al 28 de octubre de 1873, o "de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras"; sin embargo, el exacto objeto de estos litigios, en los cuales se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato, se contrae a obtener la declaración de que el subsuelo de los predios, debidamente alinderados, es de propiedad particular en cuanto atañe a la extracción del petróleo, con fundamento en el hecho de haber salido en virtud de un título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873, el cual, como hecho, debe probarse plenamente, mas no ha menester de especial declaración.

2. Según el artículo 36 del Código de Petróleos, en los numerales a) y c), la propiedad del subsuelo debe considerarse como particular, si los predios citados en los títulos originales pueden identificarse, no sólo con los descritos en la demanda, sino de modo primordial sobre el terreno, lo cual presupone ubicarlos en un sector o territorio determinado, mediante las lindes fijadas en aquellos títulos, pues, si así no ocurre, no puede determinarse el objeto mismo del juicio, o sea, la propiedad de un cuerpo cierto que salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873. En este juicio, todas las mercedes que se relatan en los documentos que obran en autos como títulos originales, carecen del indispensable requisito de una alinderación satisfactoria que permita identificar, sobre el terreno, las parcelas mercedadas o compradas a las autoridades coloniales.

Y debe agregarse que los títulos otorgados entre particulares, antes o después del 28 de octubre de 1873, en ningún caso pueden colmar los vacíos de los títulos primitivos, en cuanto a lindes concierne, sino únicamente a aclarar alguna duda sobre algún punto de referencia que, por el transcurso del tiempo, hubiese cambiado de nombre u oscurecido su exacta ubicación, mas no para singularizar o determinar las mercedes cuyas lindes no se indicaron en los documentos primitivos; porque aquellos contratos celebrados entre particulares no pueden afectar los derechos del Estado, como tercero en aquellos pactos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Varios copropietarios de la llamada "Comunidad Almeida", mediante poder conferido para el efecto, demandaron a la Nación con el objeto de que en la sentencia definitiva, dictada en juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera petición.* El globo de tierra de propiedad de la 'Comunidad Almeida', limitado al Oriente por el río Táchira-Pamplona, partiendo de la boca de 'Caño Negro', aguas abajo, hasta la desembocadura del río Táchira-Pamplona en el río Zulia; por el Sur, de la boca de 'Caño Negro', derecho para el Occidente, hasta dar con el río Zulia, pasando por los antiguos resguardos del peblo (sic) de Limoncito; por el Noroeste, desde donde el anterior lindero intercepta el río Zulia, aguas abajo, hasta su confluencia en el

río Táchira-Pamplona, situado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Departamento del Norte de Santander, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de títulos originarios del Estado. Además también salió del patrimonio del Estado colombiano el siguiente globo de tierra, situado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Departamento del Norte de Santander, alinderado así: Por el Oriente, la quebrada 'Floresta'; por el Occidente el río Zulia; por el Norte, con el globo de tierra a que se refiere el primer hecho de esta demanda, y acabado de alinderar; y por el Sur, con la Comunidad de 'Limoncito', en el punto del 'Astillero', derecho para el Oriente hasta la quebrada 'Floresta', con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"Segunda petición. En subsidio de la petición anterior, los dos globos de tierra alinderados en la primera petición de esta demanda, de propiedad de la 'Comunidad Almeida' salieron del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de *justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.*

"Tercera petición. Como consecuencia de una cualquiera o de todas las peticiones anteriores, el subsuelo petrolífero de los dos globos de tierra alinderados en la primera petición de esta demanda, son de propiedad de la 'Comunidad Almeida'.

"Cuarta petición. Igualmente, como consecuencia de una o varias de las declaraciones precedentes, el área correspondiente al globo de tierra o globos de tierra alinderados en la primera petición de esta demanda, en su subsuelo petrolífero se excluye de la extensión de terreno abarcado por la propuesta número 837, de fecha 19 de agosto de 1957, hecha por la sociedad 'Richmond Petroleum Company of Colombia', y no podrá ser objeto de contrato entre ésta y otras personas, para la exploración y explotación del petróleo y demás hidrocarburos que allí se encuentren, sino que solamente podrá ser explorado y explotado por sus dueños, o sea la 'Comunidad Almeida'.

"Quinta petición. La 'Comunidad Almeida', nacida en los actos judiciales de partición y adjudicación verificados en el juicio de sucesión testada de la esposa del señor Juan Gregorio Almeida, señora Rosalía Zumalave de Almeida, tiene personería sustantiva para la acción de que trata el presente juicio, y es dueña del subsuelo petrolífero de los terrenos relacionados en las declaraciones anteriores (primera petición de esta demanda).

"Sexta petición. Los señores Alberto Barrios Bosch, Luis Barrios Bosch, Andelfo Barrios Bosch, Francisco Barrios Bosch, Aníbal Barrios Rodríguez, Carmen Barrios Bosch v. de Balvuena, Angel Sulpicio Omaña Bustamante, Leoncio Chacón R., Segundo Velasco Contreras, Eusebio Velasco Contreras, Cornelia Velasco v. de López, y Fidelia Velasco v. de López, son poseedores inscritos con anterioridad de 30 años, de derechos y acciones, en común y proindiviso, vinculados a los dos globos de tierra alinderados en la primera petición de esta demanda, pertenecientes a la 'Comunidad Almeida', a que se refieren las declaraciones precedentes y con carácter de tales han representado a la 'Comunidad Almeida', por la parte activa, o sea a la *Comunidad demandante*" (fs. 25 vto. a 26 vto. C. Nº 1º).

Los hechos invocados en la demanda, con el fin de evitar innecesarias repeticiones, pueden resumirse de la siguiente manera:

1º El Ministerio de Minas y Petróleos, mediante Resolución número 854 de 19 de agosto de 1957, aceptó la propuesta de contrato de la "Richmond Petroleum Company of Colombia" distinguida con el número 837 y por las lindes técnicas, con referencia, al meridiano verdadero, insertas en este hecho y en el "Diario Oficial" número 29524 de 29 de octubre de 1957.

2º En este aparte, el apoderado de los actores se refiere, en verdad, a varios hechos, así:

a) Afirma que la Comunidad Almeida se formó, a título singular, por la adjudicación que se les hizo a Policarpa, Vicente, Trinidad, Francisca, Teresa y Rafaela Almeida Zumalave, en el juicio de sucesión de su madre legítima Rosalía Zumalave, viuda de Juan Gregorio Almeida, de los bienes relictos, en la proporción descrita en el hecho noveno de la demanda;

b) El inmueble de propiedad de la Comunidad Almeida, según lo expresado por el apoderado, está formado por dos lotes o globos de terreno, cuya ubicación y lindes describe, pero que no se transcriben porque son los mismos que se dejan copiados en la primera petición de la demanda;

c) Sostiene que los dos globos de tierra descritos salieron del dominio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, conforme a los títulos y modos que inserta literalmente en este hecho, los cuales serán copiados y estudiados más adelante, en cuanto fuere necesario para dar cumplida solución al litigio;

3º En este hecho dice textualmente: "Los títulos de tierras anteriormente relacionados son muy antiguos, el primero de 1583, los siguientes

de 1587, 1589 y que finalmente en el año de 1768, es decir, pasados dos siglos contados a partir de la expedición de aquéllos, el Alcalde de Pamplona certifica, por petición del Cura del Pueblo de Capacho, doctor Juan Antonio de Zumalave y para la defensa por éste de las tierras comprendidas en los títulos, que éstos están vigentes y que comprenden diez estancias y además certifica el funcionario público que consta en el Libro de Composiciones haberse hecho el pago a su Majestad del valor correspondiente a tales composiciones''.

4º En el cuarto, el apoderado de la Comunidad demandante narra los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en su concepto, ''también son títulos de haber salido del patrimonio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, el globo de tierra el hecho 1º (sic) de esta demanda...''; y al efecto se refiere expresamente a éstos:

a) ''El doctor Félix de Zumalave otorgó en la Villa de San José de Guasimal, el 30 de mayo de 1798, a favor de don Juan Gregorio Almeida...'' una escritura de compraventa que tuvo por objeto: ''... Unas tierras mías propias que compré a don Luis Ferreira, don Pedro Aranda y don Juan Agustín Santander, con otras nombradas 'La Loma', que heredé de mis abuelos y la parte de otras que me tocó y también compré a mis primas doña Petronila y doña Francisca Tovar en precio y cuantía de ochocientos pesos ($ 800.00) que por todas las dichas tierras me ha dado el expresado Almeida en moneda de plata usual y corriente, a toda mi satisfacción y contentamiento, por lo que otorgo el necesario en forma en favor del comprador, cuyos linderos son: 'Por el Oriente, el río Pamplona; por el sur lindando con la hacienda de Cacaos que yo el otorgante tengo mías propias y con tierras de El Salado, pertenecientes al citado comprador; por el poniente, con tierras de Limoncitos y resguardos de este pueblo; por el Norte, hasta donde alcanzan los linderos de las citadas tierras de *La Loma* inclusas en esta venta; todas las cuales quedan circunvaladas y comprendidas en un mismo globo por estar unidas unas con otras, las cuales hube y compré de los sujetos que constan de sus instrumentos de propiedad que para el efecto y posesión los tengo entregados en los que constan todos sus linderos, aguas, montes, abrevaderos, casas, usos y costumbres que pertenecen a servidumbre...''

b) Con referencia al año de 1772 inserta el siguiente contrato: '' '...Sepan cuántos esta pública escritura de venta real vieren, como yo, doña Juana Gómez de Figueroa, vecina de esta ciudad de Pamplona, heredera del doctor don Salvador Gómez de Figueroa, mi hermano difunto, otorgo y conozco por esta presente carta que vendo realmente y con efecto y desde ahora para siempre jamás por juro de heredad para mí, mis herederos y sucesores a don Félix Trujillo Salvago, para el susodicho y quienes su causa hubiere en cualquier manera, es a saber: La mitad de las tierras de 'La Loma' en el sitio del Puerto, que se adjudicaron en la cartilla de división y partición de bienes que se ha hecho por fin y muerte del dicho hermano'.'' (fs. 17 vto. ib.).

c) También copia el siguiente contrato: ''Sepan cuantos esta carta y pública escritura de venta real vieren, como nos, doña Petronila y doña Francisca Tovar, vecinas de esta jurisdicción, otorgamos y conocemos que vendemos realmente y con efecto desde ahora y para siempre a don Félix de Zumalave, nuestro primo, en este mismo vecindario, para el dicho, sus herederos, sucesores y para quien su derecho y causas hubiere o fuere parte en cualquier manera, es a saber: La parte de tierras que de por mitad partible entre nos el dicho don Félix y sus hermanos doña Andrea y doña Beatriz de Zumalave, nuestras primas, nos toca y pertenece, con legítimo derecho como nietos y herederos de don Félix Trujillo, nuestro abuelo, cuyas tierras se hallan en el sitio del Puerto de San Faustino y se llaman 'La Loma', Puerto de San José por la parte de arriba desde una quebrada cogiendo para abajo hasta lindar con el Puerto Viejo del lado de río Zulia hasta el 'Astillero' por el lado de San Faustino hasta los ríos Táchira y Pamplona; la propiedad de dichas tierras consta más claramente por los instrumentos que paran en poder del susodicho don Félix de Zumalave y en el archivo del presente escribano'.''

d) Con el epígrafe ''explicaciones del doctor Zumalave'', se remata este hecho así: ''En la escritura de venta ya transcrita de don Félix de Zumalave a don Juan Gregorio Almeida, otorgada en 1798, se explica por el vendedor que las tierras que vende son: unas tierras mías propias que compré a don Luis Ferreira, don Pedro Aranda y don Juan Agustín Santander (se refiere hasta aquí a parte de la tierra comprendida en el título colonial otorgado a José Gregorio Ferreira), con otras nombradas 'La Loma' que heredé de mis abuelos y la parte de otras que me tocó y también compré a mis primas doña Petronila y doña Francisca Tovar. Es decir, que el doctor Zumalave explica que además de las tierras de La Loma que heredó de sus abuelos vende también la parte de otras que le tocó y que

compró a sus primas doña Petronila y doña Francisca Tovar; por consiguiente las tierras que inicialmente salieron del patrimonio del estado por virtud de varias adjudicaciones registradas en el libro de composiciones de la Alcaldía de Pamplona, provistas inicialmente a favor de las personas que en aquellos títulos se mencionan, pasaron legítimas y rectamente a través de los títulos mencionados, a don Juan Gregorio Almeida'' (fs. 18 a 18 vto. ib.).

5º Dice textualmente: ''En el pleito sobre tierras que don Juan Gregorio Almeida tuvo con el Cabildo de Cúcuta, el cual finalizó en la ciudad de Santa Fe, ante la Real Audiencia, el 12 de marzo de 1812, se encuentran los linderos del globo de tierra a que se refiere el punto 1º de esta demanda, los cuales son los mismos contenidos en la escritura de venta hecha por Francisca y Petronila Tovar, a favor de don Félix de Zumalave. Estos linderos son: Cuyas tierras se hallan en el sitio del Puerto de San Faustino y se llaman 'La Loma', Puerto de San José por la parte de arriba desde una quebrada, cogiendo para abajo hasta lindar con el 'Puerto Viejo'; del lado del río Zulia hasta el Astillero, por el lado de San Faustino hasta los ríos Táchira-Pamplona; y la propiedad de dichas tierras consta claramente de los títulos''.

''De estos linderos se desprende que este globo de tierra de propiedad de la Comunidad Almeida está comprendido por el río Pamplonita, al Oriente; por el río Zulia, al Occidente; y por el Sur, las tierras de Limoncito y de la Merced de Ferreira. Del plano que obra al folio 615 del tomo 29 de 'Tierras de Santander', que se conserva en el Archivo Nacional, cuya copia presento, se deduce que el Puerto Viejo estaba situado en la confluencia de los ríos Zulia y Pamplonita. El punto denominado 'Astillero' corresponde a la hacienda del mismo nombre, situada en la margen izquierda u occidental del río Zulia.

''El plano tomado del folio 615 del tomo 29 de Tierras de Santander lo presentaron los contendientes de Juan Gregorio Almeida en el pleito que éste sostuvo con el Cabildo de Cúcuta, y con él intentaban demostrar que Almeida solo tenía tierras entre el río Pamplonita y la Quebrada Floresta, hasta el Puerto Viejo, pero cuando Almeida presentó sus títulos y acreditó la posesión de sus propiedades, los representantes del Cabildo de Cúcuta se dieron por vencidos y desistieron de la medida de las tierras, por ser de Almeida, como lo dice el prócer doctor Camilo Torres, quien no abogaba por causas injustas, y por tanto Almeida tomó posesión de las tierras de esta demanda. En este litigio de Almeida con el Cabildo de Cúcuta los peritos y exploradores dijeron: 'Que estas tierras lindavan por el norte con tierras de Almeida, porque había tomado posesión de ellas en el año de 1805 y tanto es así que estos linderos en ese año ocho ya fueron ampliados hasta la confluencia de los dos ríos tanto nombrados Zulia y Pamplonita'.''.

6º ''Según consta en documento suscrito por el señor Gobernador de San Faustino don Venancio José de Asencio, de fecha noviembre 20 de 1806, los linderos de las tierras de propiedad de don Juan Gregorio Almeida (en mayor extensión a la comprendida por el hecho primero de esta demanda), eran los siguientes: 'A las que hoy son de don Juan Gregorio Almeida y antes de don Gregorio Ferreira siguen contiguas las que fueron de don Félix Trujillo y parece que en éstas están incorporadas seis estancias de que se le hizo merced al citado Almeida. Todo este globo de tierra está demarcado con fijos linderos en esta forma. Por el lado del Oriente, el río nombrado Pamplona desde confinan las tierras que fueron de Antonio de la Parra, a la parte del Sur; de aquí río abajo a dar a un zanjón de agua nombrado caño negro que cae al mismo río por la parte del Norte; de la boca de este caño mirando derecho para el Occidente a dar a una quebrada nombrada 'Floresta'; de esta quebrada mirando al mismo Occidente es el último mojón del pueblo de Limoncito y nombramos 'Moninillo'; éste, Floresta arriba para el Sur a dar con tierras de Almeida nombradas El Salado, que fueron de los expatriados jesuítas y compró a su Majestad; de este lindero derecho a dar con el primero a tierras de Antonio de la Parra. De los linderos por la parte de abajo, para el Norte de la boca de 'Caño Negro' y río Pamplona, quebrada de 'La Floresta' y mojón del resguardo de 'Moninillo'; para el poniente, a dar con el río Zulia y de éste al de Pamplona y 'Caño Negro', hay no solo veinticinco estancias, de tierra, que son las concedidas al Cabildo de la Villa de San José de Cúcuta, sino muchas más tan útiles y fecundas como todas las demás que hay para el Sur; hay en ellas arboledas de cacao, buenas y cuanto se siembran produce buenos frutos, con abundancia; aguas para regar las plantas cuantas se quiera por quedar en medio de los ríos Zulia y Pamplona y otras diferentes vertientes que hay en todo el centro de aquellas montañas'.'' (fs. 19 a 20 ib.).

Después de haber transcrito lo anterior, el apoderado insertó las apreciaciones personales del juez Venancio José Asencio, para indicar al

fin que corresponde al "original que se halla a los folios 1025 recto a 1042 vuelto del tomo 4º del fondo de tierras de Santander".

7º En este aparte también el apoderado de la Comunidad Almeida se refiere a varios hechos, como los siguientes:

a) Afirma que las tierras de "El Salado" se le adjudicaron a Juan Gregorio Almeida, según "el título de 17 de noviembre de 1772"; que compró las tierras de los Parras, La Floresta, Guayabal, Oripaya, La Loma "y demás de que se habla en el título de Ferreira de 1766 y el comprador de las tierras de Zumalave, según la escritura de 1798...".

b) Que habiendo fallecido el causante Juan Gregorio Almeida a principios del siglo XIX, "dejó al morir los referidos terrenos de que se habla en esta demanda a su viuda Rosalía Zumalave, quien en el referido testamento dijo: 'declaro por bienes míos las tierras y casas nombradas de El Salado y agregadas a ellas las tierras de Tasajero, Oripaya, que constan de escrituras y otras estancias más compradas al rey como realengas que eran' ".

c) Advierte que la testadora, en el mismo instrumento, declaró que por la muerte de su marido había sido "albacea testamentaria y tutora y curadora de sus hijos"; y al efecto, para ratificar este aserto, cita varios documentos hallados en el archivo histórico nacional; pero que se prescinde de citarlos aquí por impertinentes, aún cuando conviene mencionar la "renuncia total que hizo María Gabriela de la Concepción Almeida de todos sus bienes paternos y maternos, a favor de su madre Rosalía Zumalave v. de Almeida por motivo de su profesión religiosa".

d) Alude al testamento otorgado por José Manuel Almeida Zumalave, hijo legítimo del matrimonio Almeida-Zumalave, en el cual instituye a su madre como su única y universal heredera, con deducción del quinto que corresponde a su esposa por no haber tenido descendencia; y también al otorgado el 15 de enero de 1827 por Ambrosio Almeida, "en el cual nombra como albacea testamentaria a su madre Rosalía".

e) Finalmente, según certificación del señor Cura Párroco de San José de Cúcuta, el nombre de *Almeida Juan Gregorio* aparece inscrito en el índice del libro de defunciones número dos correspondiente a los años de 1811 a 1833, pero por haberse desaparecido el dicho libro no expidió copias de la partida respectiva.

8º Este hecho dice textualmente: "Según los actos judiciales de inventarios, partición y adjudicación verificados en el juicio de sucesión testada de doña Rosalía Zumalave de Juan Gregorio Almeida, se constituyó sobre los expresados terrenos una *comunidad* a título singular, conforme a la proporción y demás circunstancias que se expresan en las hijuelas formadas advalorem a cada uno de los hijos legítimos sobrevivientes del matrimonio Almeida-Zumalave que en ellas se indican en número de seis, así: *Policarpa, Vicente, Trina o Trinidad, Francisca, Teresa y Rafaela Almeida Zumalave*".

9º Como se dijo antes, en este hecho la parte actora copia las distintas partidas de adjudicación de bienes, hecha ad valorem, en el juicio de sucesión de Rosalía Zumalave de Almeida a cada uno de sus hijos.

10º Dice el apoderado que todos sus mandantes son dueños de derechos proindiviso de las tierras nominadas Comunidad Almeida, "que le confiere *Personería sustantiva* suficiente para demandar para la entidad común y sin exclusión de ninguno de los restantes comuneros, las declaraciones de dominio que se formularán en la parte petitoria de esta demanda".

Para ratificar este aserto, se refiere a Policarpa Almeida de Zumalave, de quien dice:

a) Que nació el 28 de enero de 1790, en Pamplona, como hija legítima de Juan Gregorio Almeida y Rosalía Zumalave de Almeida; que contrajo matrimonio, en primeras nupcias, el 6 de agosto de 1810 con Juan Bosch, unión de la cual nacieron cinco hijos: José, María Rita, María Dolores, Juan y María del Carmen Bosch Almeida, "según declaraciones del testamento de Policarpa Almeida Zumalave, contenido en la escritura pública de fecha 21 de julio de 1847, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Cúcuta..."

b) Que de acuerdo con el mismo testamento, en segundas nupcias, se casó con Martín Pradilla, de cuya unión nació Manuel Pradilla;

c) Que a todos sus hijos los instituyó como herederos en el dicho instrumento;

d) José Bosch Almeida, hijo de Juan y Policarpa, se casó con Rosana González el 3 de octubre de 1877; y de esta unión nacieron José Lisandro, Apolinar, Alfredo, Susana, Adela, Doromila y Cristina Bosch González, reconocidos en el testamento otorgado por el padre mediante la escritura pública número 788 de 9 de noviembre de 1879 de la Notaría 1ª de Cúcuta;

e) Que a los mencionados siete hijos, a la viuda y al sobrino se les adjudicaron "los derechos de sabanas de *Oripaya* y *Guayabal* que denunció

José Bosch en su testamento de 19 de noviembre de 1879''.

f) Que el expresado causante heredó tales derechos, en parte, de su madre Policarpa Almeida; y la otra parte la adquirió por compra a Felipe Médica, en asocio de su hermano Juan Bosch y de Martín Pradilla;

g) El vendedor Felipe Médica manifiesta que los derechos los hubo por compra a Jesús y Eliseo Castro, como también a los menores Indalecia, Gabriel, Pedro y Felicidad Ruiz, ''herederos legítimos de la señora Teresa y Rafaela Almeida''.

h) Susana Bosch González se casó con Antonio Barrios Fernández tanto civil como católicamente; y de este matrimonio proceden Carmen, Luis, Andelfo, Pedro Alberto y Francisco Barrios Bosch;

i) ''Por escritura pública otorgada en la ciudad de Maracaibo ante el Cónsul General de Colombia en esa ciudad, con fecha 18 de junio de 1929, la señora Susana Bosch González v. de Barrios vendió a Carmen y a Luis Barrios, sus hijos, los derechos y acciones vinculados en los lotes de tierras denominados 'Tasajeros' 'Floresta', 'Oripaya', 'La Loma' o 'Puerto de San José', 'Guayabal' y 'El Salado', ubicados en jurisdicción de Cúcuta, por las lindes generales de la 'Comunidad Almeida' que se transcribieron en las peticiones de esta demanda. Además, a términos de la escritura pública número 1592, de la Notaría Segunda de Cúcuta, de fecha 10 de noviembre de 1955, los señores Pedro, Andelfo, Alberto y Francisco Barrios Bosch son causahabientes de la señora Susana Bosch González v. de Barrios, a título oneroso'' (fs. 22 vto. a 23 ib).

11º En este hecho se refiere a la compra hecha por Alberto Barrios Bosch y Leoncio Chacón a Manuel Vicente Paz de ''todos los derechos y acciones en la Comunidad Almeida en los puntos denominados Tasajero, Floresta, Oripaya, La Loma o Puerto de San José y El Salado''; el vendedor Manuel Vicente Paz adquirió los derechos enajenados, por herencia de su padre Rafael Ignacio Paz, quien en asocio de Julio Salas Nieto los compró a Dionisio Moros, y también por compra a Felipe Salas Almeida, en compañía de Julio Salas Nieto y Hernán Pérez Ferrero, por escritura número 522 de 1894; el vendedor Felipe Salas Almeida adquirió tales derechos por herencia de su padre Felipe Salas Veira, que a su turno los adquirió de Trinidad Almeida; y después de hacer la historia de los varios actos adquisitivos, el apoderado concluye: ''... por lo cual el nombrado señor Angel Sulpicio Omaña Bustamante es causahabiente o heredero de derechos vinculados en la 'Comunidad Almeida', primitivamente adjudicados a la señorita Trinidad Almeida Zumalave, hija legítima de don Juan Gregorio Almeida y Rosalía Zumalave de Almeida, cuya cartilla de adjudicación de bienes en el sucesorio de su madre se transcribió antes, en lo pertinente'' (fs. 23 vto. ib.).

12º Se hace aquí la historia de los derechos adquiridos por Pedro Velasco en los lotes Tasajero, Oripaya y Múcuras, quien, por herencia, los transmitió a sus hijos Eusebio Velasco, Cornelia Velasco v. de López, Fidelina Velasco v. de López y Segundo Velasco, quienes han conferido poder general a Alberto Barrios Bosch.

Para terminar este hecho, el apoderado hace mención de los contratos por medio de los cuales, el doctor Segundo Velasco Contreras adquirió los predios Santa Rita, Caño de Oro y otro con 70 cuadras, situados en el paraje ''Alto Viento'', como cuerpos ciertos y según las lindes allí descritas.

Agrega el apoderado: ''El doctor Segundo Velasco Contreras, quien como se explica es causahabiente a título universal de los causantes don Juan Gregorio Almeida y de la cónyuge de éste señora Rosalía Zumalave de Almeida a que se refiere esta demanda y según consta en certificado que presento, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, número 82 y 1990, de fechas 20 de enero de 1953 y 20 de diciembre de 1957''.

12º Bis. En este hecho, el apoderado de la Comunidad Almeida se refiere a la sentencia de fecha 14 de junio de 1957, proferida en el juicio de oposición a la propuesta de contrato número 324, con el fin de poner de presente que la cosa juzgada solamente afecta al siguiente globo de tierra: '' 'Por el lado del Oriente, el río nombrado Pamplona desde donde confinan las tierras que fueron de Antonio de la Parra a la parte del sur; de aquí, río abajo a dar a un zanjón de agua llamado 'Caño Negro' que cae al mismo río por la parte del Norte; *de la boca de este caño mirando derecho para el Occidente a dar a una quebrada nombrada del pueblo de Limoncito y nombramos Moninillo,* de éste, Floresta arriba, por el Sur, a dar con tierras de Almeida nombradas El Salado, que fueron de los expatriados jesuítas y compró Almeida a su majestad; de este lindero derecho a dar con el primero a tierras de Antonio de la Parra que también compró Almeida'.

''Se advierte que el globo de tierra alinderado

en el primer hecho de esta demanda, queda al norte del siguiente lindero: (antes mencionado): *De la boca de este caño (Caño Negro) que desagua en el río Táchira-Pamplona, mirando derecho para el occidente a dar a una quebrada nombrada del Pueblo de Limoncito y nombramos 'Moninillo'*, el globo de tierra alinderado en el hecho primero de esta demanda se encuentra dentro de los linderos generales de la Comunidad Almeida, y al norte del lindero que parte de la boca del 'Caño Negro', mirando derecho para el Occidente" (fs. 25 a 25 vto. ib.).

Como disposiciones sustantivas aplicables, el apoderado de la Comunidad demandante cita la antigua legislación española, el decreto del Libertador expedido en Quito el 24 de octubre de 1829; los códigos fiscales nacionales de 1873 y 1912; las Leyes 30 de 1903, 37 de 1938; los Decretos legislativos 3050 de 1956, las cédulas reales sobre tierras y otras leyes dictadas con posterioridad al año de 1821.

El Procurador delegado en lo civil, transcritas las peticiones de la demanda, dice: "En relación con los hechos en que la acción se funda, me permito expresar que me atengo a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda y de las que se produzcan posteriormente en el juicio.

"Me opongo a las peticiones formuladas y niego el derecho que se invoca".

Tramitado el juicio normalmente, practicadas las pruebas pedidas en tiempo, como la inspección ocular llevada a efecto por juez comisionado, se procede a dictar el fallo correspondiente, con fundamento en las consideraciones que se expondrán a continuación.

I. Objeto de esta clase de litigios. La parte actora hace seis peticiones en la demanda, comenzando porque se declare que los dos lotes de terreno, descritos por sus lindes, salieron del dominio del Estado en virtud de un título anterior al 28 de octubre de 1873, o bien "en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras", según se dice en la segunda; sin embargo, el exacto objeto de estos litigios, en los cuales se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato, se contrae a obtener la declaración de que el subsuelo de los predios, debidamente alindados, son de propiedad particular en cuanto atañe a la extracción del petróleo, con fundamento en el hecho de haber salido en virtud de un título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873, el cual, como hecho, debe probarse plenamente, mas no ha menester de especial declaración.

Por tanto, según lo expuesto, resulta impertinente la quinta petición demandada, en cuanto allí se solicita la declaración de que la Comunidad Almeida "tiene personería sustantiva para la acción de que trata el presente juicio"; porque este extremo o se refiere al interés jurídico de la parte actora, o bien a la titularidad del derecho mismo, para integrar, en el primer caso, un presupuesto procesal y, en el segundo, la legitimación en la causa, o sea, el objeto mismo del litigio: la declaración de ser de propiedad privada el subsuelo de los dos lotes descritos en el libelo.

Asimismo, la sexta declaración suplicada tampoco puede ser objeto de estudio, en cuanto se solicita que Alberto Barrios Bosch, Luis Barrios Bosch y demás codemandantes enumerados "son poseedores inscritos, con anterioridad de 30 años, de derechos y acciones, en común y proindiviso, vinculados a los dos globos de terreno alinderados en la primera petición de la demanda...", porque la posesión inscrita, como hecho, no puede ser objeto de declaración alguna; y en el caso de interpretarse como una cuestión de derecho, no sería sino la repetición de la pretensión de la parte actora, en cuanto suplica la declaración de propiedad del subsuelo petrolífero de los dos lotes individualizados en la demanda.

II. Prueba de la propiedad privada del subsuelo. Para deducir si el subsuelo de los dos lotes descritos en la demanda es de propiedad privada, debe examinarse los títulos antiguos, invocados por la parte actora.

En efecto, entre los numerosos hechos comprendidos en el segundo aparte del libelo, se halla el que hace referencia a los títulos expedidos durante la colonia, comenzando por citar la venta hecha por Juana Gómez de Figueroa al sargento mayor Félix Trujillo Salvago, como heredera de su difunto hermano doctor Salvador Gómez de Figueroa de "la mitad de las tierras de La Loma en el sitio del Puerto, que se me adjudicaron en la cartilla de división y partición de bienes que se ha hecho por fin y muerte del dicho mi hermano, y en dichas tierras tres mil árboles de cacao, un negro llamado Juan de Lasalas una negra llamada Gertrudis, otra Bernardina y otro negro llamado Juan Popo y otro llamado Félix; cinco machetes, cuatro palas, media casa, la mitad de la capilla, una mesa, una Santa Rosa, dos marcos y una canoa; todos los cuales dichos bienes le vendo en precio y cantidad de mil y seiscientos patacones que me ha dado y pagado en dinero usual y corriente de que me doy por contenta y satisfecha a toda mi voluntad..." (fs. 13 vto. C. Nº 2º).

Como en la venta no se hubiese hecho una descripción de las lindes del predio, cuya mitad enajenaba Juana Gómez de Figueroa, años más tarde, el nieto del comprador Félix Trujillo Salvago, presentó el siguiente memorial:

"Señor Alcalde Ordinario. El doctor don Juan Antonio Zumalave, cura propio del pueblo de Capacho, en mi nombre y en nombre de mis hermanos, ante ustedes parezco en aquel grado que más haya lugar en derecho y digo: Que entre los bienes del sargento mayor don Félix Trujillo y doña Micaela Ortiz de Pinedo, mis abuelos, hay una escritura de venta que le otorgó doña Juana de Figueroa de la mitad de las tierras que hay en el puerto que llaman de La Floresta, perteneciente a bienes hereditarios del doctor don Salvador de Figueroa, don Juan de Figueroa y don Pedro de Figueroa, que recayeron en la vendedora como heredera que les sobrevivió a los dichos; y como en la mencionada escritura no conste cuántas le vendió sino solo la mitad de las que le pertenecían en aquel paraje, se ha de servir usted mandar se me dé un tanto de las tierras compuestas por doña Brígida de Figueroa, don Juan de Figueroa y don Pedro de Figueroa, que son los derechos que recayeron en la citada doña Juana de Figueroa, para así saber las que nos tocan y pertenecen, y para guarda y defensa del derecho que a dichas tierras tenemos conforme a recta justicia que mediante —A usted suplico se sirva de proveer y mandar según el expreso de éste a continuación de su decreto que recibiré bien y merced con justicia, y en lo necesario, etc. —doctor— Juan Antonio de Zumalave" (fs. 15 a 15 vto. ib.).

El Alcalde de Pamplona, mediante providencia de fecha 9 de julio de 1768, despachó favorablemente la petición elevada por el dicho señor Cura, para lo cual "hice sacar y saqué las partidas que se me piden del libro de composiciones, las cuales unas en pos de otras a la letra dicen así:

"Partidas del libro de composiciones Item, el padre Cristóbal Vanegas de Figueroa presentó en nombre de doña Brígida de Orozco, suma de los títulos siguientes: Una venta que el capitán Juan Ramírez de Andrade hizo a doña Brígida de Orozco y a los hijos y herederos de Dionisio Velasco de una estancia de ganado en los casaderos, pasando el río de Chopo hacia el Zulia, que le fue proveído al dicho Juan Ramírez en ocho de agosto de mil y quinientos y ochenta y (al margen, de un lado dice: así está, y del otro, corregido) tres años, que es donde hoy tiene la dicha Brígida el corral de yeguas que llaman de los Casaderos como consta de la venta, su fecha en Pamplona a diez y siete de marzo de mil y quinientos y ochenta y siete años ante Bernardino Fernández, escribano. Otro título y confirmación de él como parece de Provisión Real, su fecha de la dicha Real Provisión en Santafé a veinte y cinco de septiembre de mil y quinientos y ochenta y siete años, de una estancia de ganado que se le proveyó a Juan de Figueroa en los Casaderos por bajo de otra que es la de la venta de la dicha doña Brígida de Orozco, el río abajo de una banda y otra. Otro título que el cabildo hizo merced a Juan de Figueroa en veinte y tres de enero de mil y quinientos y ochenta y nueve años, de una estancia de ganado mayor y otra de menor y otra de pan por bajo de los Casaderos, pasando el llano, y una lomita que está pasado el dicho llano, a la falda de un cerro grande, que el dicho cerro es montuoso y el alto de la sabana empezándose a medir desde el valle que hace el dicho cerro y al pie de él una quebradita que por medio del valle va que es el puesto que hoy llaman La Floresta. Otro título en la misma Real Provisión contenido el dicho Juan de Figueroa de una estancia de ganado mayor, otra de ganado menor, otra de pan en el valle de Cúcuta, empezándose a medir desde el camino real que va del hato viejo de Dionisio Velasco al hato del Casadero, linde del cerro que va a dar de la población vieja que llaman de Quisipo hasta las juntas del río de Cúcuta y Chopo; de las dichas juntas para abajo, que todas las dichas estancias que presenta la dicha doña Brígida y títulos son los referidos, y se tasan diez estancias de ganado mayor y menor y pan, unas con debajo de los linderos referidos, a cien pesos" (fs. 15 vto. a 16 ib.).

Las copias transcritas se expidieron por el escribano Agustín José de Cáceres y Enciso de Pamplona, el 9 de julio de 1768.

Mediante escritura otorgada el 19 de julio de 1782, ante el escribano de San José, Petronila y Francisca Tovar vendieron a su primo Félix de Zumalave "la parte de tierra que de por mitad partible entre nos el dicho don Félix y sus hermanas doña Andrea y doña Beatriz de Zumalave, nuestras primas, nos toca y pertenece, con legítimo derecho como nietos y herederos de don Félix Trujillo, nuestro abuelo; cuyas tierras se hallan en el sitio del puerto de San Faustino y se llaman La Loma, Puerto de San José, por la parte de arriba desde una quebrada cogiendo para abajo hasta lindar con el Puerto Viejo; del lado del río Zulia hasta el astillero, por el lado de San Faustino hasta los ríos de Táchira y Pamplona; y la propiedad de dichas tierras cons-

ta más claramente por los instrumentos que para en poder del susodicho don Félix de Zumalave y en el archivo del presente escribano, por los que se reconocerá el globo y porción de tierras que nos pertenecen de por mitad a todos los herederos y nietos del citado don Félix Trujillo por ser partible por igualdad este derecho'' (fs. 16 vto. ib.).

El 30 de mayo de 1798, ante el escribano de San José de Guasimal, comparecieron Félix de Zumalave con el objeto de vender a su yerno Juan Gregorio Almeida, ''unas tierras mías propias que compré a don Luis Ferreira, don Pedro Aranda y don Juan Agustín Santander, con otras nombradas La Loma que heredé de mis abuelos y la parte de otras que me tocó y también compré a mis primas doña Petronila y doña Francisca Tovar en precio y cuantía de ochocientos pesos que por todas las dichas tierras me ha dado el expresado Almeida en moneda de plata usual y corriente, a toda mi satisfacción y contentamiento, sobre que por no parecer de presente la entrega renuncio la excepción y leyes de la non numerata pecunia, prueba y paga de su recibo, por lo que otorgo el necesario en forma en favor del comprador, cuyos linderos son: Por el Oriente, el río Pamplona, por el Sur, lindando con la hacienda de Cacaos que yo el otorgante tengo mías propias y con tierras del Salado, pertenecientes al citado comprador; por el Poniente, con tierras del Limoncito y resguardos de este pueblo; por el Norte, hasta donde alcanzan los linderos de las citadas tierras de La Loma inclusas en esta venta; todas las cuales quedan y circunvaladas y comprendidas en un mismo globo por estar unidas unas con otras, las cuales hube y compré de los sujetos que constan de sus instrumentos de propiedad que para el efecto y posesión le tengo entregados en las que constan todos sus linderos, aguas, montes, abrevaderos, casas, usos y costumbres que pertenecen a servidumbres'' (fs. 18 ib.).

Los dos últimos contratos, copiados en lo sustancial, se refieren a actos entre particulares, n los cuales se mencionan determinadas lindes de los predios, pero como no aparecen del todo precisos, los vendedores se remiten a los títulos de adquisición, los cuales realmente se desconocen en este juicio.

Con el fin de determinar las lindes que singularizan las tierras de la llamada Comunidad Almeida, se presentaron copias de lo actuado ante el Gobernador de San Faustino, con ocasión de la merced de veinticinco estancias hecha al Cabildo de Cúcuta por real provisión de 18 de abril de 1801; pero que a la postre no se midieron ni ubicaron sobre el terreno, porque los diputados del Cabildo se opusieron por estos motivos: ''Con fecha de este día se nos ha hecho saber la citada Real Provisión, y por el contenido de ella se viene en conocimiento que el apoderado que agitó sobre la solicitud en la Real Audiencia se desvió de las instrucciones que se le tienen dadas por aquel cabildo, pues las tierras denunciadas por éste es el sobrante de las seis o siete estancias que don José Gregorio Ferreira compuso con su Majestad en el cerro del Tasajero entre el río Pamplonita y la quebrada de Floresta, y no las que cita la Real Provisión desde el lindero de los resguardos del pueblo de Limoncito por la parte de abajo, por ser estas tierras inútiles para la cultura por carecer del requisito esencial, como es el de riego'' (fs. 3 a 3 vto. ib.).

Citado Juan Gregorio Almeida como colindante se opuso a las pretensiones del Cabildo de Cúcuta, para lo cual presentó varios títulos de las tierras compradas o adjudicadas a él; y en vista de esta disputa, el gobernador de San Faustino, comisionado para la mensura, se abstuvo de llevar a efecto la diligencia, que explicó al comitente así: ''Como las veinte y cinco estancias de tierra concedidas al cabildo de San José son en distinto paraje de las de Almeida, que no tienen conexión éstas con aquellas y mandárseme las mida en la parte denunciada que lo es donde se termina el resguardo del pueblo del Limoncito para abajo, lo rehusaron los diputados y omití las medidas. A las que hoy son de don Juan Gregorio Almeida y antes de don Gregorio Ferreira siguen contiguas las que fueron de don Félix Trujillo y parece que en estas están incorporadas seis estancias de que se le hizo merced al citado Almeida. Todo este globo de tierra está demarcado con fijos linderos en esta forma. Por el lado de Oriente, el río nombrado Pamplona desde donde confinan las tierras que fueron de Antonio de la Parra, a la parte del Sur; de aquí río abajo a dar a un zanjón de agua nombrado Caño Negro que cae al mismo río por la parte del Norte; de la boca de este caño mirando derecho para el Occidente a dar a una quebrada nombrada Floresta; de esta quebrada mirando al mismo Occidente es el último mojón del pueblo de Limoncitos y nombramos Moninillo; éste, Floresta arriba para el Sur, a dar con tierras de Almeida nombradas El Salado que fueron de los expatriados jesuítas y compró a su Majestad; de este lindero derecho a dar con el primero a tierras de Antonio de la Parra. De los linderos por la parte de abajo para el Norte de la boca de Caño Negro y río Pamplona, quebrada de La Floresta y mojón del resguardo Moninillo; para

el Poniente, a dar con el río Zulia y de este al de Pamplona y Caño Negro, hay no solo veinte y cinco estancias de tierra, que son las concedidas al cabildo de la villa de San José de Cúcuta, sino muchas más tan útiles y fecundas como todas las demás que hay para el Sur; hay en ellas arboledas de cacao buenas y cuanto se siembra produce buenos frutos con abundancia; aguas para regar las plantas cuanta quieran por quedar en medio de los ríos Zulia y Pamplona y otras diferentes vertientes que hay en todo el centro de aquellas montañas" (fs. 6 vto. a 7 ib.).

Respecto de las lindes transcritas, a más de no haberse ubicado las tierras que fueron de Antonio de la Parra, debe advertirse que se refieren a un globo de tierra distinto de los dos determinados en la demanda, porque, el descrito por el gobernador de San Faustino, tiene por límites, al Oriente, el río Pamplona; al Occidente, la quebrada La Floresta; en cambio, el segundo lote de la demanda está circunscrito, al Oriente, por la quebrada La Floresta; al Occidente por el río Zulia; de manera que resultan colindantes las dos parcelas, separadas por la llamada quebrada la Floresta.

Según el último aparte transcrito del concepto del juez comisionado Venancio José Asencio, suscrito en San Faustino el 20 de noviembre de 1806, parece deducirse que el gran triángulo comprendido, por el Sur, la línea recta imaginaria que, partiendo de las bocas del Caño Negro, sobre el río Pamplona, va a dar al río Zulia, pasando antes por el punto Moninillo en la quebrada La Floresta; luego por el río Zulia, al Occidente; y por el Pamplona al Oriente, hasta la conjunción de estos dos ríos en el *actual* puerto Villamizar, se consideraba como realengo o baldío en el dicho año de 1806, pues al referirse a este territorio, el comisionado dice: "... hay no solo veinticinco estancias de tierra, que son las concedidas al cabildo de la villa de San José de Cúcuta, sino muchas más tan útiles y fecundas como las demás que para el Sur...", o sea, al sur de la mencionada línea recta imaginaria Caño Negro-Moninillo y de aquí a un punto del río Zulia.

De acuerdo con lo anterior, se llega a la conclusión de que el triángulo citado, en el año de 1806, se consideraba como baldío, el cual corresponde, exactamente, al primer globo de tierra descrito por la comunidad demandante en la primera petición del libelo; en otras palabras, tal territorio, en concepto del Juez Venancio José Asencio, no quedaba amparado por los títulos coloniales invocados por Juan Gregorio Almeida en su disputa con el Cabildo de San José de Cúcuta.

Siguiendo en el estudio de las copias presentadas con la demanda, en relación con el pleito de Juan Gregorio Almeida con el Cabildo de San José de Cúcuta, en vista de que el primero de los nombrados había pedido la adjudicación de seis estancias, acumuladas estas diligencias a las adelantadas por el dicho Cabildo sobre las veinticinco, el doctor Camilo Torres, en nombre de Almeida, representó en el sentido de manifestar: "... Almeida ofrece por cualquier pedazo de tierra que pueda resultar realengo bajo la demarcación que tiene hecha a fojas tres del cuaderno 2º en el escrito de su denuncio la cantidad de cincuenta pesos como si realmente hubiese realengo y este fuese su valor, enterándolos en cajas reales y pagando la medida anata de esta cantidad y diez y ocho por ciento de conducción a España..." (fs. 20 C. Nº 2º).

En el mismo escrito, el abogado dice: "... pero si no se tuviese por bien admitirla es desde luego ninguno mi ofrecimiento y solo quedará obligado Almeida a pagar el valor de lo que resulte realengo en la merced pedida bajo la demarcación que se expresa en su escrito ya citado de denuncio según el avalúo que se le dé; y para ello que se libre el despacho indicado en la providencia de cinco de diciembre cometiendo su cumplimiento al juez que fuere requerido por Almeida con atención a que los de la villa de San José han litigado con él y han sido, y han sido partes vencidas en estos autos, ..." (fs. 20 vto. ib.).

Por auto de fecha 15 de octubre de 1808, no se admitió la composición allí propuesta, pero se accedió a que "... se libre despacho al subdelegado del distrito, o por su asencia o mayor distancia de un día de camino del paraje en que fincan las tierras de que se trata, al juez ordinario más inmediato que resulte sin impedimento legal para que haga deslindar y avaluar el terreno por peritos que se nombrarán, uno de cada parte..." (fs. 21 ib.).

El primero de diciembre de 1808, el alcalde ordinario Pedro José Salas, juez comisionado, con el escribano Manuel Magrans, se trasladaron al paraje nombrado La Sucia, a donde llegaron a las cinco de la tarde del dicho día, y previas las formalidades de rigor, los peritos procedieron a recorrer el inmueble, con el siguiente resultado: "En el dicho sitio a cuatro del mismo mes y año citados en la diligencia anterior, habiendo comparecido a las cinco de la tarde los exploradores del terreno, dijeron: que habiéndolo reconocido hallaron que las seis estancias de tierra

denunciadas por realengas por don Juan Gregorio Almeida están comprendidas dentro de los linderos que refieren los títulos presentados, que se les leyeron, de lo que no les queda la menor duda; y que habiéndoles de dar valor le dan el de doce pesos por estancia de ganado mayor por ser unas tierras muy enfermas y pestosas; que la tierra alta que es la mayor parte es estéril por carecer de aguas y unas y otras son incultas y desiertas en unas selvas inmensas y bosques enmarañados habitados de fieras y otros animales venenosos. Los linderos son los siguientes: el paso de la quebrada de La Floresta, camino de los padres Capuchinos, que va del pueblo de la Arenosa al pueblo de Limoncito; de allí, por el lado del Occidente, indicando con resguardo del citado Limoncito, quebrada abajo hasta llegar a un sitio nombrado Moninillo. Del citado Moninillo lindando por el lado del Norte con tierras del dicho Ameida, mirando línea recta por el lado de abajo de una ciénega al Oriente a dar al río nombrado Pamplona, alias Chopo, Táchira y San Faustino a la boca de un zanjón de agua nombrado Caño Negro que dentra al dicho río frente al Ortigal del citado caño por el lado del Oriente río arriba hasta llegar frente al pie de la loma lindando por el lado de Sur con tierras que don Félix Zumalave heredó de sus abuelos, que son las que le vendió a Almeida hasta llegar al primer lindero, paso citado de los padres Capuchinos, cuyo examen dijeron haberlo hecho fiel y legalmente según su inteligencia sin pretender causar perjuicio en fuerza del juramento que dado tienen, ..." (fs. 22 vto. a 23 ib.).

Este lote, descrito por los peritos, es el mismo a que antes se hizo alusión, comprendido por la quebrada La Floresta al occidente y el río Pamplona (alias Chopo, Táchira) al oriente, distinto a los dos predios individualizados en la demanda.

El alcalde comisionado ratificó el concepto de los peritos, en estos términos: "... hago presente que en vista de los títulos presentados por don Juan Gregorio Almeida de las tierras que compró a su suegro don Félix Zumalave, parece que las seis estancias de tierra denunciadas por dicho Almeida se hallan comprendidas en las tierras que le vendió el referido su suegro, teniendo éstas de útil solo una vega, que es una corta parte del terreno que se refieren los títulos, siendo las demás estériles por la multitud de riscos y carecer absolutamente del beneficio de aguas y estar pobladas de espesos bosques; siendo asimismo el dicho terreno pestoso y enfermizo de calenturas y otras enfermedades de la que adolecen los más de los moradores de estas inmediaciones. Villa del Señor San José, diciembre cuatro de mil ochocientos ocho" (fs. 24 vto. ib.).

No obstante el concepto de los peritos y el parecer del juez comisionado, las autoridades superiores decidieron que las seis estancias consideradas como baldías o realengas, debían adjudicarse al peticionario Juan Gregorio Almeida, previas las formalidades correspondientes, que a la postre no se llevaron a efecto o por lo menos no constan en las copias presentadas, por la revolución y los acontecimientos realizados después del 20 de julio de 1810, aún cuando los tribunales de la república avocaron el conocimiento del negocio.

En el litigio promovido por Juan Gregorio Almeida contra Juan Antonio Romay, por la restitución de unas tierras poseídas por éste, requeridas las partes para la presentación de títulos, "... contestó don Juan Antonio Romay que no tenía otros documentos que presentar sino es el título de la posesión de las tierras que le dio don José Gregorio Ferreira, que es el mismo que tiene presentado en testimonio; y habiéndose hecho relación por mí el escribano de los reproducidos por parte de don Juan Gregorio Almeida, incluso con el título original presentado por el citado don Juan Antonio Romay. Por lo que en vista de unos y otros documentos se vino en verdadero conocimiento que la tierra pedida y denunciada por don Juan Antonio Romay resulta ser de la pertenencia, sin la menor duda, de don Juan Gregorio Almeida, en lo mismo que convienen los citados peritos, Procurador General y don Juan Antonio Romay, comprendida en el globo de las seis o siete estancias que compuso don José Gregorio Ferreira que relata el citado título, cuyos linderos del citado globo de tierra son los siguientes: Primer lindero frente a la sabana de Vivas, por el lado del Oriente, río de Pamplona abajo hasta donde alcanzaren las seis o siete estancias de pan y ganado mayor contenidas en los títulos de composición y gracia hecha al citado don José Gregorio Ferreira, encontrando y lindando por la parte del Norte hasta llegar a la quebrada Floresta con tierras que fueron de doña Juana Gómez de Figueroa, que éstas las vendió a don Félix Trujillo como consta de la escritura otorgada en diez y nueve de enero de mil setecientos nueve años en la ciudad de Pamplona por ante el alférez don Juan de Oreña Cabeza, alcalde ordinario más antiguo, y de allí quebrada arriba por el lado del poniente lindan con tierras que del lado de Zulia tenían los padres jesuítas expatriados hasta topar con tierras del citado Almeida, con las que también lindan por el lado del Sur hasta llegar a la hacienda del

difunto don Félix Zumalave, nombrada el Maporal a encontrarse con frente las sabanas de Vivas, primer lindero. Advirtiéndose que de este globo de tierra debe separarse un pedazo de tierra que don José Gregorio Ferreira le vendió a Marcela Chaves, la cual posesión de tierras en el día la posee don Juan Manuel Menéndez de San Pedro, y los linderos de ella constan de la escritura otorgada en tres de febrero de mil setecientos sesenta y nueve años ante el escribano público que fue de la citada villa de San José don Alejandro Ortiz Manosalvas. Y en consecuencia de lo que ha resultado del citado examen han convenido los citados peritos y demás que se relacionan el que no debían medirse las tierras cuya diligencia con dicho señor alcalde y por ante mí el escribano que doy fe" (fs. 10 a 11 ib.).

Como consecuencia del fallo se procedió a dejar en posesión material a Juan Gregorio Almeida del terreno detentado por el demandado, Juan Antonio Romay.

III. Identificación de los predios. Estudiados los títulos de los predios presentados por la parte actora, incumbe identificarlos por varios aspectos, para llegar a la conclusión de si salieron o no del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

Según el artículo 36 del Código de Petróleos en los numerales a) y c), la propiedad del subsuelo debe considerarse como particular, si los predios citados en los títulos originales pueden identificarse, no solo con los descritos en la demanda, sino de modo primordial sobre el terreno, lo cual presupone ubicarlos en un sector o territorio determinado, mediante las lindes fijadas en aquellos títulos, pues, si así no ocurre, no puede determinarse el objeto mismo del juicio, o sea, la propiedad de un cuerpo cierto que salió del dominio del Estado antes de la fecha citada antes.

En este juicio, en puridad de verdad, no se ha traído a los autos, como títulos originales, sino las copias de las mercedes que constan en el libro de composiciones, expedidas, en el año de 1768, al Cura doctor Juan Antonio de Zumalave, por el escribano Agustín José de Cáceres y Enciso; pero todas las mercedes allí relatadas carecen del indispensable requisito de una alindación satisfactoria que permita identificar, sobre el terreno, las parcelas mercedadas o compradas a las autoridades coloniales.

En efecto, Brígida de Orozco presentó un título respecto de "una estancia de ganado en los casaderos, pasando el río Chopo hacia Zulia, que le fue proveída al dicho Juan Ramírez en ocho de agosto de mil y quinientos y ochenta y (al margen, de un lado dice: así está, y del otro corregido) tres años, que es donde hoy tiene la dicha Brígida el corral de yeguas que llaman de los Casaderos..." (fs. 15 vto. a 16 ib.).

Otra merced de 25 de septiembre de 1587 "de una estancia de ganado que se le proveyó a Juan de Figueroa en los Casaderos por abajo de otra que es la de la venta de la dicha doña Brígida de Orozco, el río abajo de una banda y otra".

Estas dos estancias de ganado quedan completamente indeterminadas, porque solamente se indicó un paraje, pero sin dar lindes por ninguno de los lados del terreno que integraban la merced respectiva, ni datos suficientes que permitan localizarlas.

Resulta del todo imposible localizar ahora las mercedes de ganado mayor, otra de menor y otra de pan, concedidas al mismo Juan de Figueroa, "... por debajo de los Casaderos, pasando el llano, y una lomita que está pasando el dicho llano, a la falda de un cerro grande, que el dicho cerro es montuoso y el alto de la sabana empezándose a medir desde el valle que hace el dicho cerro y al pie de él una quebradita que por medio del valle va que es el puesto que hoy llaman La Floresta". Y en fin, lo mismo ocurre con las otras adjudicadas a Juan de Figueroa, "en el valle de Cúcuta, empezándose a medir desde el camino real, que va del hato viejo de Dionisio Velasco al hato Casadero, linde del cerro que va a dar de la población vieja que llaman de Luisico hasta las juntas del río de Cúcuta y Chopo; de las dichas juntas abajo..."

Como no se trata aquí de una sola merced o adjudicación, sino de varias que, según la parte actora, integraron la llamada Comunidad Almeida, para identificarla, en el todo o en una parte, se requería ubicar en el terreno las estancias mercedadas, para que de la yuxtaposición de éstas fuera posible identificar el objeto del litigio, en este caso, los dos globos de terreno descritos en la primera petición de la demanda; sin embargo, esta esencial identificación, ni siquiera se intentó efectuar en la inspección ocular practicada por el juez comisionado, en los días 2 y 3 de octubre del año de 1959 (fs. 97 a 100 C. Nº 3º).

Al emitir concepto los peritos sobre este punto, dicen: "a) Libro de Composiciones. Los datos insertos en estos títulos, prácticamente no pueden correlacionarse ni con la nomenclatura geográfica actual ni con la que figura en los títulos posteriores, cabe apenas, por los detalles descriptivos, asimilar el 'cerro montuoso' al que conocemos como de Tasajeros y por lo dicho en el folio 23 del cuaderno número 2 de la demanda,

identificar el río que denominan como 'Cúcuta o Chopo' con el Táchira-Pamplona. Por lo que hace a la quebrada que va por medio del valle y que referencian con 'el puesto que hoy llaman Floresta', parece lógico aceptar sea la misma conocida hoy por dicho nombre. Linderos en sí mismos no se precisan ningunos y por cuanto se refiere al área abarcada, acumulando las composiciones que mencionan, apenas comprenden Tres Estancias de ganado mayor, dos Estancias de ganado menor y dos de pan coger, a más de la Estancia vendida por Ramírez de Andrade (pues otra parte de la misma correspondió a los herederos de Dionisio Velasco), significando una extensión, que pese a la incertidumbre existente sobre la 'Estancia' como unidad de medida, resulta en todo caso incompatible con la muy considerable superficie ocupada por los globos materia de la demanda" (fs. 114 C. Nº 3º).

Los títulos otorgados entre particulares, antes o después del 28 de octubre de 1873, en ningún caso pueden colmar los vacíos de los títulos primitivos, en cuanto a lindes concierne, sino únicamente a aclarar alguna duda sobre algún punto de referencia que, por el transcurso del tiempo, hubiese cambiado de nombre u oscurecido su exacta ubicación, mas no para singularizar o determinar las mercedes cuyas lindes no se indicaron en los documentos primitivos; porque aquellos contratos celebrados entre particulares no pueden afectar los derechos del Estado, como tercero en aquellos pactos.

Por esto la venta de Juana Gómez de Figueroa a Félix Trujillo; de las hermanas Tovar a Félix de Zumalave; de éste a su yerno Juan Gregorio Almeida no pueden llenar la falta de determinación de las tierras mercedadas o adjudicadas por composición; además, en algunas de las compraventas citadas, como en la de Juana Gómez de Figueroa, tampoco se indican lindes que sirvan para identificar el predio.

La venta de las hermanas Tovar a su primo Félix de Zumalave tiene por objeto la *mitad* de las que le pertenecían a su abuelo Félix Trujillo; pero no se ha citado, menos se han presentado, los títulos por medio de los cuales el dicho Trujillo hubiese adquirido las tierras, cuyas lindes se expresan en la escritura; pero que, en concepto de los peritos se encontrarían "dentro del triángulo comprendido por los ríos Táchira-Pamplona y Zulia, subiendo por ésta hasta la boca de la quebrada que se reconoció como Q. Guaduas y por el lado del Táchira-Pamplona hasta algún punto situado frente a la ciudad de San Faustino, es decir, abarcando una porción de terreno situada al sur de la boca del Caño Negro..."; en consecuencia, según el decir de los peritos, se deduce que esta parcela está fuera del perímetro del primer lote determinado en la demanda que limita, por el sur, con la línea imaginaria que de Caño Negro, en una extensión de siete kilómetros y medio, va a Moninillo, sobre la quebrada La Floresta; y respecto del segundo lote a que se refiere la demanda, por la imprecisión de las lindes, no podría afirmarse si está o no comprendido dentro de ellas; por el contrario, según el mapa número 4º, citado por los peritos, estaría comprendida entre el río Pamplona o Táchira al oriente y por el de la quebrada La Floresta al occidente; porque aun cuando, como lo insinúan los peritos en forma harto generosa, se identifique "el llamado Puerto Viejo con el actual Puerto Villamizar", como las hermanas Tovar señalan por límite "por la parte de arriba desde una quebrada cogiendo para abajo hasta lindar con el Puerto Viejo; y como el Puerto Viejo, identificado por los peritos como Puerto Villamizar, no llega sino la quebrada conocida ahora con el nombre de La Floresta, se confirma la tesis de que el segundo lote demarcado en la demanda está fuera de las lindes señaladas en este contrato de compraventa, el cual, por otra parte, tampoco puede considerarse como título emanado del Estado, para otorgarle valor probatorio.

Las lindes señaladas en contrato de compraventa celebrado por Félix de Zumalave con su yerno Juan Gregorio Almeida, a más de comprender varias mercedes, cuyos títulos no se han presentado, ni se han ubicado sobre el terreno para que, establecida la yuxtaposición, se identificara el globo respectivo, los peritos dicen: "En síntesis y sin pretender que los linderos concernientes a esta venta estén claramente establecidos, puede afirmarse que el área abarcada no alcanza a llegar hasta la línea de Caño Negro-Moninillo y se traslaparía parcialmente apenas con la zona situada al norte de la línea Q. Guaduas-Q. Floresta, resultando por tanto que en la mayor parte de su extensión estas tierras son ajenas a los globos materia del presente juicio" (fs. 115 ib.).

De acuerdo con el concepto pericial, las tierras disputadas entre Juan Gregorio Almeida y Juan Antonio Romay, adjudicadas por las autoridades coloniales a José Gregorio Ferreira, "resultaron abarcar una zona que se señala en el tantas veces nombrado mapa número 4, mostrando claramente que carece de toda conexión con los globos de que trata el presente juicio" (fs. 115 ib.).

Respecto del litigio adelantado por Juan Gregorio Almeida con ocasión de las mercedes de 25 estancias, solicitadas por el Cabildo de San José de Cúcuta, no es necesario hacer una nueva expo-

sición, porque, como atrás se dijo, las parcelas disputadas claramente están ubicadas en zonas distintas a las que comprenden las lindes de los dos globos de terreno descritos en la demanda, como así lo expresan los peritos: "No obstante, los terrenos que venimos mencionando y que se engloban dentro de los linderos antes citados, por encontrarse situados al sur de la línea Caño Negro-Moninillo y al occidente de la quebrada Floresta, resultan ajenos a la materia de la demanda de que nos ocupamos".

Consideran los peritos, además, que por encontrarse el segundo lote al norte de los predios nominados Limoncito, puede reputarse como baldío en los tiempos del litigio mencionado, según el siguiente aparte: "En definitiva, por cuanto concierne al caso presente, sólo contribuyen a su esclarecimiento, la calificación de realengos que se citó respecto de los terrenos situados al norte de Limoncito y que se traslapan con el segundo de los globos cuyo dominio se reclama por los demandantes, siendo de notar, que al tenor del texto inserto en el folio 7 del cuaderno número 2, los terrenos ubicados al norte de la línea Caño Negro-Moninillo resultaría también realengos según las siguientes palabras del Gobernador Asencio: 'De los linderos por la parte de abajo, para el norte de la boca de Caño Negro y Río Pamplona, quebrada de La Floresta y mojón del resguardo de Moninillo; para el poniente a dar con el río Zulia y de este al de Pamplona y Caño Negro, hay no solo veinticinco estancias de tierra que son las concedidas al Cabildo de la Villa de San José de Cúcuta, sino muchas más tan útiles y fecundas como todas las demás que hay para el Sur; hay en ellas, etc....' texto que en nuestro sentir cabe interpretar como una argumentación más de Asencio, para efecto de persuadir al Cabildo y a las Autoridades de Santa Fe, que sobraban aún muchas tierras apropiadas para la agricultura, a las cuales podía hacer opción el Cabildo sin necesidad de perjudicar los legítimos intereses de Almeida, señalando linderos que resultan ser los correspondientes al primero de los globos que aducen los demandantes y en satisfactoria concordancia con los mapas y con lo constatado en la inspección ocular verificada. No obstante, respecto de lo que antecede cabe destacar la reserva que se deduce del texto inserto en el cuaderno número 2 folio 23, referente a la diligencia de inspección y avalúo efectuada en 4 de diciembre de 1808 a propósito de la merced de las seis estancias pedidas por Almeida, que al definir los linderos respectivos dice así: '... Del citado Moninillo *lindando del lado del Norte con tierras del dicho Almeida,* mirando línea recta por el lado de abajo de una ciénaga al Oriente a dar al río nombrado Pamplona, alias Chopo, Táchira y San Faustino a la boca de un zanjón de agua nombrado Caño Negro que dentra al dicho río...', es decir, que al tenor de lo aseverado por los exploradores, los terrenos situados al norte de la línea Caño Negro-Moninillo, tantas veces mencionada, eran de propiedad de Almeida, omitiendo nombrar los restantes linderos de tal porción y en contradicción con lo expuesto por Asencio" (fs. 116 a 117 ib.).

En conclusión, como las tierras a que se refieren los títulos coloniales, invocados en este juicio, no se han podido identificar ni ubicar en forma precisa en un lugar geográfico determinado, se hace innecesario el especial estudio de documentos o contratos entre particulares, que en ninguna forma pueden enmendar o llenar el vacío inicial de la falta de determinación, singularización o individualización de los terrenos mercedados, porque sin lindes no puede existir un cuerpo cierto, menos todavía ubicarlo en determinada región. Por este motivo, desde los más remotos tiempos, esta falta de lindes en los predios produjo la incertidumbre, causa de los pleitos mencionados, como también de que la Comunidad Almeida se haya opuesto tanto a la propuesta número 324, ubicada al sur de la línea imaginaria que, partiendo de la desembocadura de la quebrada Guaduas en el río Zulia, llegue a un punto frontero a San Faustino, como a la actual propuesta situada al norte de la expresada línea.

Aun cuando lo expuesto sería suficiente para absolver a la Nación, se transcriben, para mejor ilustración, las conclusiones de los peritos:

"1º Que parte o quizá la totalidad de los terrenos materia de la demanda de que nos ocupamos, salieron del patrimonio del Estado antes de 1873, sin que quepa fijar con rigor la verdadera proporción.

"2º Que al tenor de varios de los títulos aportados, una fracción de los dichos terrenos, en todo caso no mayor de la mitad, llegó a ser de propiedad de don Juan Gregorio Almeida, a través de actos válidos y legales, pero que tal propiedad queda puesta en interdicción, de atenernos a las actuaciones del Gobernador Asencio en relación con el pleito promovido por el Cabildo de Cúcuta.

"3º Que aun cuando se reconozca plenamente la propiedad de Almeida, haciendo caso omiso de lo aseverado por Asencio, no es posible fijar exactamente la proporción de sus derechos sobre los terrenos en cuestión.

"4º Que a través de las varias actuaciones estudiadas, considerando los títulos en su orden cronológico, no se precisa la relación de continuidad que permita establecer satisfactoriamente la forma y manera en que llegaron a acumularse en poder del señor Almeida las extensiones de terreno materia de la demanda, observándose que ciertas deficiencias encontradas en algunos títulos se comunican a otros muy posteriores, tales como la ambigüedad que hemos señalado al nombre de La Loma, observada a propósito de la escritura de doña Juana Gómez de Figueroa, la cual subsiste en el título de la venta de Zumalave a Almeida, en tanto que otras, tales como la reserva concerniente al hecho de la venta parcial de las tierras de la señora de Figueroa a Trujillo, detalle de fundamental importancia que resulta ignorado por los títulos subsiguientes, no se reflejan en la documentación posterior. Por todo ello, estimamos que la documentación aportada a la demanda no basta para establecer en forma clara y satisfactoria el eslabonamiento de las actuaciones que permita justificar sin perjuicio de la lógica la estructuración de la propiedad de Almeida sobre los terrenos enmarcados por los linderos que se citan en la escritura número 266, respecto a la cual cabe observar el hecho, de que apoya la tradición de propiedad en ocho escrituras que amparan las transaccionse efectuadas hasta el año de 1770, número que excede al de los títulos que, dentro de lo que conocemos, se acumularon hasta dicha época, sugiriendo la posibilidad, que mal podemos verificar, de que haya existido o existan documentos no incorporados en la demanda que llenaran los vacíos que hemos encontrado" (fs. 118 vto. a 119 ib.).

El Procurador 1º delegado en lo civil, en un largo y minucioso estudio, llega a la conclusión de que se debe absolver a la Nación por la falta de identificación de los predios mercedados; y a efecto, por su especial importancia, se transcribe el último aparte de su vista:

"Considera esta Procuraduría, en otras palabras, que al afirmar los peritos que 'parte o quizá la totalidad' de los terrenos litigiosos salieron del patrimonio del Estado antes de 1873, se basaban en las lindes contenidas en la venta de Trinidad Almeida a Felipe Sàlas y no en las contenidas en los títulos originarios y en los documentos derivados de ellos, pues respecto a estos últimos manifiestan en otros apartes de su dictamen o bien que son absolutamente indeterminados o que los terrenos a los cuales se refieren no guardan relación ninguna con los predios materia de la *litis*. Si nuestra interpretación del aparte del dictamen pericial que comentamos es acertada, carecería él de toda fuerza probatoria, pues un documento entre particulares anteriores a 1873 no constituye título originario ni prueba de su existencia, máxime cuando no hace referencia a títulos emanados del Estado. A lo anterior cabe añadir que el aparte del dictamen pericial, materia de análisis, constituye una conclusión de derecho que no son los expertos los llamados a formular. No corresponde a ellos decidir si determinados terrenos salieron del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva fiscal sino únicamente la forma en la cual se superponen los terrenos actuales con los terrenos objeto de los títulos originarios. Los peritos son meros auxiliares de la justicia. No pueden subsistir (sic, sustituír) al fallador.

"Con base en las anteriores consideraciones conceptúa esta Procuraduría que debe absolverse a la Nación de los cargos contenidos en la demanda" (fs. 63 C. Nº 1º).

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de los cargos hechos por la Comunidad Almeida, representada por Alberto Barrios Bosch, Luis Barrios Bosch, Francisco Barrios Bosch, Andelfo Barrios Bosch, Aníbal Barrios Rodríguez, Carmen Barrios Bosch v. de Balvuena, Angel Sulpicio Omaña Bustamante, Leoncio Chacón R., Segundo Velasco Contreras, Eusebio Velasco Contreras, Cornelia Velasco v. de López y Fidelia Velásco v. de López, contenidos en la demanda presentada a la Secretaría de la Sala el 21 de octubre de 1958.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, envíese testimonio autenticado de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

SOCIEDAD. LEGITIMACION EN CAUSA.

No es dable confundir la personalidad de la sociedad legalmente constituída con la singular de cada uno de los socios ni con la sociedad de hecho que ellos hayan podido formar anteriormente. Debe distinguirse entre los actos realizados por los socios antes y los realizados después del pacto social para individualizar la titularidad de las acciones que nazcan de esos actos. Entre los elementos de la acción, el primero que ha de examinarse es el de la legitimación en la causa.

1. La sociedad Maderas del Opón Ltda. demandó al Departamento del Huila para que se condene al Departamento a indemnizar a la sociedad demandante, por causa del aprovechamiento definitivo hecho por el Departamento, de una carretera de propiedad particular de la sociedad antes expresada, por haberla construído con sus propios recursos, por la época en que solamente era sociedad de hecho. El representante judicial del Departamento en uno de los apartes del alegato de conclusión en segunda instancia pide a la Sala considerar la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante por carencia de interés jurídico, con fundamento en el hecho de que la Sociedad Maderas del Opón, Ltda., demandante en este juicio, no había nacido a la vida jurídica cuando se realizaron las obras referidas.

Para resolver la cuestión que plantea la excepción propuesta, la Sala ha de tener en cuenta que la demanda no ha sido dirigida por las personas que, asociadas o no de hecho, construyeron el camino carreteable; y consiguientemente tenían la titularidad de la acción incoada con anterioridad a la constitución de la sociedad convenida en la escritura pública respectiva, sino por la sociedad ya constituída, siendo así que formada una sociedad con los elementos que prescribe la ley ella reviste una personalidad jurídica con propia representación, que no es dable confundir con la singular de cada uno de los socios, ni con la sociedad de hecho que ellos hayan podido formar anteriormente, pues este último tipo de asociación carece de una personería jurídica distinta de la de las personas naturales que la constituyen; como tampoco puede confundirse la personalidad de éstas con la de una institución que la ley organiza como persona jurídica independiente y, como se ha expresado, con propia representación.

Si es necesario conocer el carácter en que un socio obró para saber si un acto ejecutado por él compromete su responsabilidad o la de la sociedad, con cuánta más razón debe distinguirse entre los actos realizados por los socios antes o después del pacto social para individualizar la titularidad de las acciones que nazcan de esos actos, toda vez que la sociedad constituída no se beneficia ni perjudica con los actos ejecutados por sus miembros antes de tener existencia como persona moral, a menos que haya asumido la responsabilidad consiguiente.

Supuesta, en el caso del pleito, la existencia de la sociedad de hecho entre A. y B., pero careciendo tal sociedad de personalidad jurídica distinta de la de las personas naturales que concurrieron a formarla, eran dichas personas naturales las titulares del derecho que se pretende hacer valer en el juicio, no la sociedad Maderas del Opón, Ltda., que para invocar ese derecho había menester que a título legítimo hubiera entrado en su patrimonio, y de la escritura constitutiva de la sociedad, no aparece que los dos socios —A. y B.— le hubieran transferido derechos en la vía ni en los terrenos en los cuales fue construída. De modo que la sociedad demandante no es la titular de la acción que ha ejercitado en este juicio, sino que esa titularidad corresponde

a sus socios como personas naturales, lo que exime a la Sala de avanzar en el estudio de los demás elementos que la configuran, ya que el primero de tales elementos que ha de examinarse en el fallo es la legitimación en la causa y que su falta hace innecesario entrar más a fondo en el litigio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Desde hace aproximadamente cincuenta años era conocido y transitado el camino que, a partir del camino real antiguo (hoy carretera central), del que se desprendía a un kilómetro más o menos de la población de Gigante, se dirigía hacia el sureste y comunicaba a aquel municipio con la región del Caquetá, pasando por las veredas de Corozal y La Chiquita. Utilizando la zona de este camino, los señores Santiago Borda Mendoza y Eduardo Yates construyeron una vía carreteable, de quince kilómetros de longitud aproximadamente, entre la carretera central (antiguo camino real) y la vereda denominada Tres Esquinas, que sirviera de vía de acceso, en vehículos automotores, a los bosques que en sociedad del hecho explotaban a inmediaciones de este último lugar. Posteriormente, entre los años de mil novecientos cincuenta y cinco y mil novecientos cincuenta y siete, el Departamento del Huila aprovechó el tramo o sector carreteable a que se ha hecho referencia para construír la carretera que, partiendo de la carretera central, pone en comunicación a la población de Gigante con la vereda La Chiquita.

Por esta causa el señor Santiago Borda Mendoza, mayor de edad y vecino de Bogotá, en la condición de gerente de la sociedad Maderas del Opón, Ltda., domiciliada en Bogotá, demandó al Departamento del Huila, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, para que por la vía del juicio ordinario de mayor cuantía se condenase al Departamento a pagarle a la sociedad demandante "la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), moneda corriente, con motivo del aprovechamiento definitivo hecho por el Departamento, de una carretera de propiedad particular, de la sociedad antes expresada, por haberla construído con sus propios recursos, en el tramo que se determina de la siguiente manera: a un kilómetro de la carretera central que une a Gigante con el sur del Departamento, se desprende un ramal hacia el suroeste, hasta el sitio denominado Tres Esquinas, y partiendo del kilómetro seis de esta variante, tramo éste que fue construído por la sociedad mencionada".

Solicitó, además, subsidiariamente, que en caso de que durante el juicio no se determinasen los perjuicios sufridos por el actor, la condena se pronunciase en abstracto para que la cuantía se fijara más adelante conforme a lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial.

El demandante concreta así los hechos que en su concepto le autorizan para demandar el pago de la indemnización anterior:

1º La sociedad Maderas del Opón, Ltda., siendo aún sociedad de hecho, comenzó a construír en octubre de 1954, con sus propios recursos, el tramo o sección de carretera que se indica en la parte primera de las peticiones del libelo, e hizo ingentes gastos en la apertura de la vía, tales como los de tala de montes, trazados y demarcación, construcción de puentes provisionales y recebo, hasta ponerla en estado de prestar servicio para cualquier clase de vehículos.

2º Ya en la condición que acaba de expresarse, el Departamento del Huila aprovechó la vía en forma definitiva y sin previa indemnización, en octubre o noviembre de 1956, con el fin de comunicar a la población de Gigante con la de Zuloaga, pasando por el sitio denominado Tres Esquinas.

3º Los señores Francisco Tierradentro, Luis Díaz y Jorge Sandino le otorgaron a la sociedad demandante, de manera voluntaria, el derecho de ocupar, usar y gozar, dentro de terrenos de los expresados señores, la zona donde fue construído el mencionado carreteable.

4º Al construír, el Departamento del Huila, el tramo de carretera comprendido entre la población de Gigante y el sitio de Tres Esquinas, aprovechó, sin juicio de expropiación ni indemnización previa, el carreteable construído por la sociedad, apropiándoselo y convirtiéndole en carretera de uso público.

5º Los hechos referidos han causado al actor perjuicios consistentes en la falta de indemnización y en la frustración del lucro que representa el derecho de peaje que antes percibía la sociedad y que para ella constituía una fuente de ingreso.

En derecho, se apoya la demanda en el artículo 30 de la Constitución Nacional y en las disposiciones de los artículos 63, 676 y 2341 del Código Civil y 9º de la Ley 38 de 1918.

Al libelo se acompañaron los siguientes documentos:

a) Copia de la escritura pública número 958, de fecha 13 de marzo de 1958, por medio de la cual se protocolizan unas declaraciones extrajudiciales;

b) Un certificado expedido por los señores Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre existencia de la sociedad demandante y representación del doctor Santiago Borda Mendoza, como gerente de la misma;

c) Copia de la escritura pública número 21, de fecha 5 de enero de 1956, por medio de la cual se constituyó la sociedad denominada "Maderas del Opón, Ltda."; y

d) El poder otorgado por el doctor Santiago Borda Mendoza, en su calidad de gerente de la mencionada sociedad Maderas del Opón, Ltda., para instaurar esta demanda.

De la demanda se dio traslado al señor gobernador del Departamento del Huila, quien, por medio de apoderado, la contestó oponiéndose a la acción, manifestando atenerse a lo que se probare durante el juicio, en lo concerniente a los hechos, y alegando la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora "por carecer de interés jurídico para impetrar las súplicas contenidas en el libelo".

Recibido el negocio a pruebas, las partes adujeron las que obran en los respectivos cuadernos del expediente.

Con alegatos de conclusión de ambas partes litigantes, y citadas ellas para sentencia, concluyó la primera instancia con la de veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, en que el Tribunal *a quo* absuelve al Departamento de los cargos de la demanda y condena en costas a la parte actora, providencia contra la cual ésta interpuso el recurso de apelación que se va a decidir.

---

1. En su alegato de conclusión, en esta segunda instancia, el representante judicial del Departamento sustenta en los siguientes términos la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte demandante, propuesta en la contestación de la demanda: "La circunstancia de no tener la calidad de recurrente en esta instancia, por haber encontrado el fallo absolutorio pronunciado por el honorable Tribunal Superior de Neiva a favor del Departamento del Huila se ajusta a derecho, me lleva a solicitar con todo respeto de la honorable Corte la confirmación del fallo recurrido. Sin embargo, y para el caso de que la honorable Corte resolviera modificar dicha providencia, ruego a la Sala considerar la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante por carencia de interés jurídico, propuesta al contestar la demanda, excepción que el Tribunal no estimó en el fallo. Fundé la citada excepción en el hecho de que la sociedad Maderas del Opón, Ltda., demandante en este juicio, no había nacido a la vida jurídica cuando se realizaron las obras cuya indemnización exige el actor; y en la afirmación que hace el demandante en el hecho 1º del libelo de demanda de que aquellas (las obras) fueron realizadas o llevadas a cabo en el año de 1954 por una sociedad diferente a la que aparece como demandante y actora en el juicio".

2. La entidad demandante afirma en el libelo que la vía carreteable que conduce a Tres Esquinas a partir de la carretera central, se comenzó a construír en 1954, con anterioridad al cinco de enero de mil novecientos cincuenta y seis, fecha en que, por escritura pública número veintiuno otorgada ante el notario séptimo del circuito de Bogotá, se constituyó la sociedad Maderas del Opón, Ltda., la cual, siendo aún sociedad de hecho, hizo ingentes gastos para su apertura hasta ponerla en estado carreteable para cualquier clase de vehículos; manifestación que corrobora el testigo Gabriel Pérez, quien dice que vio que la vía se estaba construyendo a principios de 1955.

Se sabe asimismo, por las declaraciones de César Barrera, Jorge Sandino, Francisco Tierradentro, Esteban Artunduaga, Rogelio Bermeo, Luis María Díaz, Luis Alfredo Perdomo, Abel Rubiano, Edgar Perdomo, Víctor Rojas y Gabriel Sandino, protocolizadas por medio de la escritura número novecientos ochenta y cinco de trece de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, de la notaría séptima de Bogotá, que la mencionada vía fue construída por Eduardo Yates y Santiago Borda, en parte, y en parte por éstos y Gabriel Sandino, pero sin que en el expediente aparezcan localizados el tramo hecho por aquéllos a sus propias expensas y el que hicieron con la contribución del último; pues si bien en la petición formulada en el libelo se habla del tramo que parte del kilómetro seis de la variante, en forma que permite suponer que desde ese kilómetro los trabajos fueron ejecutados por Yates y Borda solamente, en la declaración protocolizada por la escritura a que se ha hecho referencia manifiesta Gabriel Sandino, sin embargo, que él es condueño, por haber contribuído a los gastos de construcción, del trayecto que atraviesa predios de su propiedad, hasta lindes con tierras de

aquéllos, y ni en las declaraciones de los numerosos testigos que han depuesto sobre los hechos, ni en la sumarísima diligencia de inspección ocular, ni en el aún más sumario dictamen pericial —que tampoco podría ser tomado en cuenta por falta absoluta de fundamentación— se encuentran elementos de juicio que permitan distinguir el sector construído por Yates y Borda con la contribución de Sandino del que llevaron a cabo sin esa contribución.

3. Para resolver la cuestión que plantea la excepción propuesta, ha de tenerse en cuenta que la demanda no ha sido dirigida por las personas que, asociadas o no de hecho, construyeron el camino carreteable, y consiguientemente tenían la titularidad de la acción incoada con anterioridad a la constitución de la sociedad convenida en la escritura número veintiuno, sino por la sociedad ya constituída, siendo así que formada una sociedad con las solemnidades que prescribe la ley ella reviste una personalidad jurídica con propia representación, que no es dable confundir con la singular de cada uno de los socios ni con la sociedad de hecho que ellos hayan podido formar anteriormente, pues este último tipo de asociación carece de una personería jurídica distinta de la de las personas naturales que la constituyen; como tampoco puede confundirse la personalidad de éstas con la de una institución que la ley organiza como persona jurídica independiente, y como se ha expresado, con propia representación. Si es necesario conocer el carácter en que un socio obró para saber si un acto ejecutado por él compromete su responsabilidad o la de la sociedad, con cuánta más razón debe distinguirse entre los actos realizados por los socios antes o después del pacto social para individualizar la titularidad de las acciones que nazcan de esos actos, toda vez que la sociedad constituída no se beneficia ni perjudica con los actos ejecutados por sus miembros antes de tener existencia como persona moral, a menos que haya asumido la responsabilidad consiguiente.

4. Supuesta, en el caso del pleito, la existencia de la sociedad de hecho entre Yates y Borda, pero careciendo tal sociedad de personalidad jurídica distinta de la de las personas naturales que concurrieron a formarla, eran dichas personas naturales las titulares del derecho que se pretende hacer valer en el juicio, no la sociedad Maderas del Opón, Ltda., que para invocar ese derecho había menester que a título legítimo hubiera entrado en su patrimonio; mayormente cuando, como se ha hecho notar, está acreditado que la vía fue construída en parte por los socios de esa entidad y en parte por ellos y por Gabriel Sandino, sin que haya sido inequívocamente establecido cuáles son los tramos que a unos y otros corresponden. Y de la escritura número veintiuno de mil novecientos cincuenta y seis, constitutiva de la sociedad, no aparece que los dos socios —Yates y Borda— le hubieran transferido derechos en la vía ni en los terrenos en los cuales fue construída. De modo que la sociedad demandante no es la titular de la acción que ha ejercitado en este juicio, sino que esa titularidad corresponde a sus socios como personas naturales, lo que exime a la Sala de avanzar en el estudio de los demás elementos que la configuran, ya que el primero de tales elementos que ha de examinarse en el fallo es la legitimación en la causa y que su falta hace innecesario entrar más a fondo en el litigio.

Es el caso, por tanto, de confirmar la sentencia de primera instancia, aunque por razones diferentes de las expuestas en su parte motiva.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

No se hace condenación en costas por no haberse causado en la segunda instancia.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

PRUEBA PERICIAL. ADUCCION DE PRUEBAS. PLANOS.

Identificación de predios por medio de planos. Incorporación de planos al proceso. Mérito probatorio. No se puede afirmar en términos absolutos que el dictamen pericial deba siempre fluír de la inspección ocular.

Los peritos se basaron exclusivamente en un plano de la propuesta número 543 que les fue suministrado durante la inspección ocular por el apoderado de los demandantes, plano en el cual se encontraban señalados los linderos de la mencionada propuesta, y como según tal demarcación los terrenos objeto de la demanda, identificables por puntos arcifinios indicados en el plano, aparecían ubicados dentro de la alinderación en referencia, concluyeron que, efectivamente, la propuesta 543 se superponía a los mencionados terrenos. El plano, pues, no fue un simple auxiliar que hubieran utilizado para mejor ilustrar los fundamentos de sus conclusiones, sino que él mismo tiene el carácter de prueba básica. Ahora bien, como toda prueba, debía ceñirse a las reglas procesales respecto a su incorporación en los autos, pero es el caso que, como ya se dijo, el plano les fue suministrado a los peritos privadamente por el apoderado de los actores, durante la inspección ocular, sin intervención alguna de los funcionarios que la practicaban, y sin que, por lo demás, hubiera sido objeto de una solicitud formal de allegamiento presentada durante el término para pedir pruebas. En consecuencia, estuvo mal incorporado al proceso, de conformidad con el artículo 597 del Código Judicial, por lo cual no puede entrarse a considerar su mérito probatorio.

Con todo conviene anotar que si bien en el plano aparece afirmado que es "fiel copia del plano que acompaña a la propuesta 543" bajo una firma que se dice ser de "Augusto Barriento Nicholls" "Director Ingeniero", contramarcado con un sello cuya leyenda reza: "Ministerio de Minas y Petróleos. División Nacional de Petróleos. Bogotá", no hay manera de asegurarse de su autenticidad, dada la forma irregular cómo, según se vio, fue presentado en el juicio. Ninguna duda habría al respecto, en cambio, si el plano hubiera sido remitido por el Ministerio a solicitud de la Corte, hecha en virtud de petición formulada dentro de oportunidad legal por el apoderado de los demandantes. O si se tratara de un mapa de los elaborados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cuyas características especiales hacen presumir su autenticidad. De suerte, pues, que no puede reconocérsele valor probatorio alguno al dicho plano. Por consiguiente falta la comprobación del fundamento que se estudia, o sea, que no aparece establecido que la propuesta 543 se superponga a los terrenos objeto de la demanda, lo que es suficiente para desechar las pretensiones de los actores.

Conviene precisar que si bien en las consideraciones anteriores, la Sala ha llegado a los mismos resultados a que llegó el señor Procurador Delegado, no está en todo de acuerdo con éste, y así cabe destacar que, en términos generales, no es aceptable la tesis que sustenta de que el dictamen pericial debe siempre fluír de la inspección ocular, ya que puede haber casos en que ello no sea necesario, como cuando los peritos fundamentan sus conclusiones sobre accidentes geográficos de reconocida notoriedad, y sus inferencias se basan en rumbos magnéticos o astronómicos, o de alguna otra manera que implique la aplicación de conocimientos científicos especiales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 31 de octubre de 1961.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

Agotada la tramitación legal correspondiente, se procede a dictar la sentencia con que deben finalizar los juicios acumulados que más adelante se indican, promovidos contra la Nación para obtener la exclusión de la propuesta número 543 del subsuelo petrolífero de los predios señalados en cada una de las demandas. Dicha propuesta 543 fue presentada por el señor Pablo Emilio Vargas Cuéllar, para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, y su correspondiente aviso en el que constan sus linderos, aparece publicado en el "Diario Oficial" número 27.652 del 13 de junio de 1951.

Los juicios acumulados son los promovidos por:

I. La sociedad colectiva "Camacho Villoria Hermanos", constituída por escritura pública número 24 de 8 de enero de 1949 de la Notaría pública de Girardot y con domicilio en esta misma ciudad. Versa sobre el subsuelo petrolífero de: a) Un globo de terreno conocido con el nombre de Reflejos; b) Tres globos de terreno que hicieron parte del conocido con el nombre de Chiriló; c) Un lote "E" de La Castilla; d) Un lote "E-1" de La Castilla. Todos estos lotes están ubicados en jurisdicción del Municipio de Suárez, Departamento del Tolima y comprendido dentro de los siguientes linderos respectivamente:

"Reflejos". "Partiendo de la desembocadura de la quebrada de Aguablanca en el río Magdalena, punto marcado en el plano con la letra G-1; se continúa por esta quebrada aguas arriba, hasta encontrar un mojón de cemento marcado con el número 51, arriba del paso del camino público y colocado sobre la margen derecha de la misma quebrada, sobre los cercos que dividen el Común del 'Placer'. Este mojón dista del punto G-1 en línea recta, mil novecientos treinta (1930) metros y rumbo de sur ochenta y seis (86) grados, treinta (30) minutos Este. Del mojón número cincuenta y uno (51), y abandonando la quebrada, se sigue en línea recta y atravesando la quebrada de los Muertos, hasta llegar a otro mojón marcado con el número cincuenta y dos (52) colocado en la parte meridional de la estribación del peñón llamado El Picacho. Este mojón dista del anterior seiscientos veintinueve metros (629) y rumbo de Norte cincuenta y tres (53) grados cuarenta (40) minutos Este. Del mojón número cincuenta y dos (52) se sigue por todo el borde alto de la estribación mencionada ascendiendo hasta llegar a su punto más alto donde se colocó otro mojón de cemento marcado con el número cincuenta y tres (53) y en donde nace la quebrada de la Barrialosa. Este mojón dista del anterior en línea recta seiscientos cuarenta (640) metros y rumbo norte sesenta y uno (61) grados, cinco (5) minutos Este. Del mojón número cincuenta y tres (53) y volviendo a la derecha se sigue en línea recta, hasta otro mojón de cemento marcado con el número cincuenta y cuatro (54) y colocado sobre un peñón alto, situado al oriente y a una distancia aproximada de trescientos (300) metros del camino llamado del Rucio. Este mojón dista del anterior mil seiscientos ocho (1.608) metros y rumbo de Norte ochenta y seis (86) grados cero minutos Este. Del mojón cincuenta y cuatro (54) se continúa en línea recta, atravesando el camino y ascendiendo hasta el filo de la cordillera que sirve de límite a los Municipios de Suárez y Purificación en donde se colocó otro mojón de cemento marcado con el número cuatro (4) e inmediato al sitio donde el camino del Rucio atraviesa el mencionado filo. Este mojón dista del anterior mil quinientos treinta (1.530) metros y rumbo de Sur ochenta y seis (86) grados, trienta (30) minutos Este. Hasta aquí colinda con el Globo de 'La Granja', adjudicado a los herederos de Francisca Polanía v. de Villoria. Del mojón número cuatro (4) y volviendo hacia la derecha, se sigue por todo el filo de la mencionada cordillera, hasta otro mojón de cemento, marcado con el número cinco (5) que se colocó en el punto en que se desprende una ramificación notable que da principio a una angosta meseta conocida con el nombre de 'Las Mesitas'. Este mojón dista del anterior en línea recta dos mil ciento noventa (2.190) metros y rumbo de sur cinco (5) grados treinta y cinco (35) minutos Este. Del mojón número cinco (5) y abandonando la cordillera se sigue por la cima de la ramificación nombrada, formada por picos y hondonadas y de dirección, primero Occidental y luego Sur, hasta descender al cauce de dos pequeñas quebradas que forman el nacimiento de la quebrada de Madroñal. Se continúa buscando de nuevo los bordes altos de esta ramificación siempre en dirección Sur, hasta encontrar un mojón nombrado (a), colocado al pie de las cercas divisorias con el globo de "Las Mesitas" y antes de caer a la quebrada de "La Honda". Este mojón dista del anterior en línea recta dos mil cuatrocientos un metros (2.401 metros) y rumbo de sur cuarenta (40) grados (0) minutos Oeste. Del mojón (a) y abandonando la ramificación, se vuelve a la derecha descendiendo hasta un mojón nombrado (b) colocado sobre el borde alto de un barranco que continúa hacia el Occidente. Este mojón dista del anterior, en línea recta, cuatrocientos setenta y dos (472) metros y rumbo de Norte

cincuenta y cuatro (54) grados cincuenta y cinco minutos (55) Oeste. Del mojón (b), se continúa por el borde del barranco, hasta otro mojón nombrado (c), inmediato a la casa en que habita hoy Tránsito Sánchez. Este mojón dista del anterior en línea recta, seiscientos noventa y ocho (698) metros y rumbo de Norte cincuenta y nueve (59) grados cero (0) minutos Oeste. Del mojón (c), se continúa por el borde alto del barranco mencionado pasando por dos mojones intermedios, hasta otro mojón marcado (d), colocado al final de dicho barranco antes de caer a la quebrada de Madroñal. Este mojón dista del anterior en línea recta quinientos sesenta y cuatro (564) metros y rumbo de Norte cincuenta y ocho (58) grados cero (0) minutos Oeste. Del mojón (d) abandonando el barranco y atravesando la quebrada de Madroñal, se sigue en línea recta hasta otro mojón nombrado (e), colocado en el filo de una pequeña cuchilla por donde pasa un camino que desciende hacia esta quebrada. Este mojón dista del anterior cuatrocientos ochenta (480) metros y rumbo de Norte veinticuatro (24) grados cincuenta y cinco (55) minutos Oeste. Del mojón (e), se sigue en línea recta hasta otro mojón nombrado (f), colocado en el peñón de Gallinazo, en su borde meridional. Este mojón dista del anterior cuatrocientos dos (402) metros y rumbo de Norte veintidós (22) grados treinta (30) minutos Oeste. Del mojón (f) y volviendo a la derecha, se sigue por todo el borde alto del peñón hasta su punto más elevado, donde se colocó otro mojón de cemento marcado con el número sesenta y cuatro-dos (64-2). Este mojón dista del anterior en línea recta, ciento noventa y dos (192) metros y rumbo de Norte sesenta y siete (67) grados treinta (30) minutos Este. Del mojón número sesenta y cuatro-dos (64-2) y volviendo a la izquierda se continúa por el borde alto del peñón en su parte septentrional y descendiendo hasta otro mojón marcado (g2). Este mojón dista del anterior en línea recta, doscientos cincuenta y siete (257) metros y rumbo de Norte veintisiete (27) grados treinta (30) minutos Oeste. Del mojón (g2), se sigue en línea recta, hasta encontrar otro mojón nombrado (gl) y colocado también sobre el borde alto del mismo peñón y que dista del anterior ciento setenta y ocho (178) metros y rumbo de Norte cincuenta (50) grados cincuenta y cinco (55) minutos Oeste. Del mojón (gl) y continuando por el borde alto del peñón hasta caer a otro mojón nombrado (h) éste mojón dista del anterior, en línea recta, trescientos setenta y siete (377) metros y rumbo de Norte cincuenta y tres (53) grados diez (10) minutos Oeste. Del mojón (h) se continúa por el borde alto del peñón, hasta otro mojón nombrado (i), colocado sobre una pequeña inminencia donde termina el peñón, y que dista del anterior en línea recta, trescientos nueve (309) metros y rumbo de Norte setenta y siete (77) grados cinco (5) minutos Oeste. Del mojón (i) se sigue en línea recta hasta otro mojón nombrado (j) colocado sobre un cerrito junto a un árbol "Sembé" y sobre las cercas que dividen hoy el potrero del Tanque. Este mojón dista del anterior trescientos cuarenta y dos (342) metros y rumbo de Norte setenta y ocho (78) grados, treinta (30) minutos Oeste. Del mojón (j) y volviendo a la izquierda, se sigue en línea recta hasta otro mojón nombrado (k) y colocado sobre un peñón de color negro, adyacente al sitio donde nace la quebrada de Arenosa, que desagua en la quebrada de La Honda. Este mojón dista del anterior noventa y nueve (99) metros y rumbo de Sur sesenta y cuatro (64) grados treinta y cinco (35) minutos Oeste. Del mojón (k), se sigue en línea recta pasando por un cerrito hasta otro mojón de cemento marcado con el número sesenta y cuatro-uno (64-1) colocado sobre un barranco. Este mojón dista del anterior ochocientos cuarenta y dos (842) metros y rumbo de Sur treinta y cinco (35) grados cero minutos Oeste. Del mojón número sesenta y cuatro-uno (64-1) y volviendo a la derecha se sigue en línea recta hasta otro mojón marcado con el número sesenta y cuatro (64) colocado sobre un cerrito notable en forma de Pan de Azúcar. Este mojón dista del anterior trescientos diez y ocho (318) metros y rumbo de Norte ochenta (80) grados cuarenta y cinco (45) minutos Oeste. Del mojón sesenta y cuatro se sigue en línea recta hasta otro mojón de cemento marcado con la letra E y colocado en la orilla izquierda del camino público que conduce de Purificación a Suárez, antes de caer a la quebrada de la Arenosa, anteriormente nombrada. Este mojón dista del anterior cuatrocientos treinta y ocho (438) metros y rumbo de Norte sesenta y un (61) grados quince (15) minutos Oeste. Del mojón marcado con la letra E y volviendo a la izquierda, se continúa por los cercos actuales pasando por un mojón de cemento marcado con el número sesenta y tres (63), hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número sesenta y dos (62). Este mojón dista del marcado con la letra E en línea recta cuatrocientos treinta (430) metros y rumbo de Sur treinta y cinco (35) grados veinte (20) minutos Oeste. Del mojón número sesenta y dos (62) y volviendo a la derecha se continúa por los cercos actuales, pasando por un mojón de cemento mar-

cado con el número sesenta y uno (61), hasta encontrar otro mojón de cemento marcado con el número sesenta (60) y colocado en la orilla derecha de la quebrada de la Honda. Este mojón dista del número sesenta y dos, en línea recta, cuatrocientos ochenta (480) metros y rumbo de Norte ochenta y tres (83) grados, treinta y cinco (35) minutos Oeste. Del mojón número sesenta (60) se sigue por la quebrada de La Honda, aguas abajo, hasta encontrar otro mojón de cemento marcado con el número cincuenta y nueve (59) y colocado en su orilla derecha. Este mojón dista del anterior, en línea recta noventa (90) metros y rumbo de Sur sesenta y tres (63) grados quince (15) minutos Oeste. Del mojón número cincuenta y nueve (59) abandonando la quebrada, se sigue por los cercos actuales, hasta otro mojón de cemento marcado con el número cincuenta y ocho (58) y colocado en la orilla derecha de la misma quebrada. Este mojón dista del anterior, en línea recta, cincuenta y ocho (58) metros y rumbo de Norte trece (13) grados cuarenta (40) minutos Oeste; del mojón número cincuenta y ocho se sigue por ésta quebrada aguas arriba, hasta otro mojón de cemento marcado con el número cincuenta y siete (57) y colocado en la orilla izquierda de la misma quebrada. Este mojón dista del anterior en línea recta (cincuenta) ciento cuarenta (140) metros y rumbo de Norte ochenta y nueve grados quince minutos Oeste. Del mojón número cincuenta y siete y abandonando la quebrada se sigue por los cercos actuales, hasta encontrar la orilla derecha del río Magdalena, donde se colocó otro mojón de cemento marcado con la letra D, después de pasar por los mojones de cemento marcados con los números cincuenta y seis (56) y cincuenta y cinco (55). De este mojón dista del número cincuenta y siete en línea recta quinientos noventa (590) metros y rumbo de norte ochenta y tres (83) grados veinticinco minutos Oeste. Del mojón nombrado (a), hasta aquí, colinda con el globo de "En-derley", adjudicado a los sucesores y herederos del señor Eustacio Villoria Polanía. Del mojón D. se sigue por toda la orilla derecha del río Magdalena aguas abajo, hasta encontrar la desembocadura de la quebrada de Aguablanca, en el mismo río, punto marcado en el plano con la letra G-1, primer lindero y punto de partida. Este punto dista del mojón anterior, en línea recta, mil cuatrocientos sesenta y cuatro (1.464) metros y rumbo de Norte veinticinco (25) grados veinte (20) minutos Oeste".

"Primer lote". Hizo parte del conocido "Chiriló", "partiendo del mojón número uno (1), situado en la margen derecha del brazuelo que separa la isla de Chiriló de la finca del mismo nombre, con azimut de 61º 30', hasta encontrar el mojón número dos (2), situado en la orilla izquierda del camino que de Purificación conduce a Suárez a una distancia aproximada de 925 metros del mojón número uno; de este mojón número dos (2), se vuelve hacia el Sur, por la margen izquierda del camino ya citado, hasta encontrar el mojón número tres (3), situado en el cruce de la quebrada del Consuelo con el camino de Purificación a Suárez; de este mojón número (3), se vuelve hacia el Occidente, por la margen derecha de la quebrada del Consuelo, aguas abajo, hasta el mojón número 1-A situado en la desembocadura de la citada quebrada del Consuelo en el brazuelo que separa la isla de Chiriló de la finca del mismo nombre; de este mojón número 1-A se vuelve hacia el Norte por la margen derecha del citado brazuelo, hasta llegar nuevamente hasta el mojón número 1 punto de partida". Este lote limita por el Norte, con el número "B" de esta misma partición adjudicado a Félix Cleves; por el Sur, quebrada del Consuelo de por medio con terrenos de los herederos de Carmen Lozano y por el Occidente con el brazuelo que separa la isla de Chiriló de la finca del mismo nombre".

"Segundo lote". "Partiendo del mojón número dos (2) situado sobre la margen derecha del camino de Purificación a Suárez, se sigue por una serie de barrancos en dirección oriental hasta el mojón número doce (12), situado en el borde del último barranco; de este mojón número doce (12), se vuelve hacia el Sur hasta el mojón número once-A (11-A), situado en la margen derecha de la quebrada de Río Frío, a una distancia aproximada de 900 metros del mojón número doce (12); de este mojón 11-A siguiendo por la margen derecha de la citada quebrada, aguas arriba hasta encontrar el mojón número diez (10), a una distancia aproximada de 750 metros del mojón número 11-A; de este mojón número diez (10) con azimut de 249º 30', hasta el mojón número nueve (9), situado en el cruce de una cerca de piedra con el camino de Guayacanero, a una distancia aproximada de 1.625 metros del mojón número diez (10); de este mojón número nueve (9), se vuelve hacia el Norte por una cerca de piedra hasta el mojón número ocho (8) situado en la margen izquierda de la quebrada de Perico, aguas abajo, hasta su confluencia con la quebrada de Calambombo; por la quebrada de Calambombo aguas abajo, hasta su confluencia con la quebrada de La Honda, donde está el mojón número siete (7); de este mojón número siete (7), se vuelve hacia el Occi-

dente, y con azimut de 306º hasta encontrar el mojón número 6-A situado en una cima a una distancia aproximada de 885 metros del mojón número siete (7); de este mojón número 6-A se sigue con azimut de 276º hasta el mojón número (6), situado en la margen derecha del camino de Purificación a Suárez a una distancia aproximada de 2.270 metros del mojón número 6-A; de este mojón número seis (6), se vuelve por la margen derecha del camino de Purificación a Suárez hasta llegar nuevamente al mojón número dos (2), punto de partida".

Tercer lote. "Partiendo del mojón número 19, situado en la margen derecha del río Magdalena, se sigue por dicha margen, aguas abajo, hasta el mojón número veintiuno (21), situado sobre la misma margen y a una distancia aproximada de 400 metros del mojón número 19; del mojón número 21 se vuelve hacia el Oriente hasta encontrar el mojón número 22, situado en la margen izquierda del brazuelo que separa la isla de Chiriló de la finca del mismo nombre; del mojón número veintidós (22), siguiendo la margen izquierda del mismo brazuelo, se sigue aguas arriba, hasta encontrar el mojón número 20, situado sobre la misma margen y a una distancia aproximada de 400 metros del mojón número veintidós; del mojón número 20, se vuelve hacia el Occidente hasta encontrar nuevamente el mojón 19 punto de partida".

Lote "E" de "La Castilla". "Partiendo del mojón 8 situado en la orilla de un barranco, que mira a la quebrada de Madroñal, siguiendo este barranco al Noreste en longitud aproximada de 1.200 metros, hasta llegar al mojón F, situado en la colindancia con el lote de terreno de 'Los Reflejos'; siguiendo esta colindancia, línea quebrada de dirección general Sureste-Este pasando por los mojones e, d, c, b, y a, situado este último en la colindancia con terrenos de 'Las Mesitas'; siguiendo esta colindancia al Sur, hasta la quebrada La Honda, por ésta aguas abajo, hasta el mojón 10; de éste con azimut de 303º 30' línea recta al mojón 8, punto de partida".

Lote "E-1" de "La Castilla". "Partiendo del mojón D situado en la orilla derecha del río Magdalena en colindancia con el lote de los 'Reflejos' y siguiendo esta colindancia al Oriente, pasando por los mojones 57, 55, 56, 58, 59, 60, 61, hasta el mojón 62 situado en la orilla del camino que de Purificación conduce a Suárez; del mojón 62 siguiendo por el camino al Sur, en longitud aproximada de 140 metros al mojón 6; de éste con azimut de 259º-40' y línea recta al mojón 7 situado a la orilla derecha del río Magdalena; por esta orilla aguas abajo, hasta el mojón D, punto de partida".

II. Carlota Villoria Polanía, vecina de Bogotá. Se refiere al petróleo de los globos de terrenos denominados "Altamira" y "Lote número 1º de la Granja", ubicados en jurisdicción del Municipio de Suárez (Tolima) y cuyos linderos son los siguientes:

"Altamira". "Partiendo de un mojón de cemento que se colocó en la orilla derecha del río Magdalena, marcado con el número ocho y que sirve de lindero al globo de 'La Rivera' y al que se va a alinderar, se sigue en línea recta pasando por un mojón de cemento marcado con el número nueve hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número diez y situado en donde hacen esquina los cercos actuales. Este mojón dista del número ocho, ciento diez (110) metros y rumbo de Norte ochenta y tres grados, cinco minutos Este (N-83º 05' E). Desde el mojón diez y volviendo a la izquierda se sigue por las cercas actuales, pasando por los mojones marcados con los números once, doce y trece, hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número catorce (14). Este mojón dista del número diez, en línea recta, doscientos cuarenta metros y rumbo de Norte cuarenta grados, quince minutos Este (N-40º 15' E). Continuando por las cercas actuales hasta otro mojón marcado con el número quince (15) que dista del anterior en línea recta doscientos metros (200) y rumbo Norte setenta y seis grados cinco minutos Este (N-76º 05' E). Se continúa por las cercas actuales hasta otro mojón marcado con el número diez y seis (16) que dista del anterior en línea recta ciento ochenta (180 metros) y rumbo de Sur cincuenta y siete grados, treinta y cinco minutos Este (S-37º 35' E). Continuando siempre por las cercas actuales y pasando por los mojones marcados con los números diez y siete y diez y ocho, hasta llegar a la orilla izquierda de la quebrada de Las Yeguas donde se colocó otro mojón de cemento marcado con el número diez y nueve (19). Este mojón dista del número diez y seis, en línea recta, ciento ochenta metros (180) y rumbo de Norte cincuenta y nueve grados, diez minutos Este (N-59º 10' E). Del mojón diez y nueve se continúa por la quebrada de Las Yeguas, aguas abajo, hasta encontrar otro mojón de cemento marcado con el número veinte (20) y colocado en su margen derecha en el sitio denominado Charco del Nicuro. Este mojón dista del anterior en línea recta ciento noventa metros (190 metros) y rumbo de Norte cuarenta grados, quince minutos Este (N-40º 15' E). Abandonando la

quebrada se sigue por el borde alto del peñón llamado de "Misia Rosa" en su contorno meridional hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número veintiuno (21). Este mojón dista del anterior en línea recta ciento setenta metros (170) y rumbo de Sur cuarenta y ocho grados, treinta minutos Este (S-48º 30' E). Desde el mojón veintidós hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número veintitrés (23), junto a un árbol Vilibil. Este mojón dista del número veintiuno, en línea recta, cuatrocientos diez y ocho (418) metros y rumbo de Norte setenta y ocho grados, cuarenta minutos Este (N-78º 40' E). Siguiendo por las cercas actuales hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número veinticuatro (24) situado en la orilla izquierda del camino público que conduce de Purificación a Suárez. Este mojón dista del anterior en línea recta ciento cincuenta y nueve metros (159 metros) y rumbo de Sur sesenta y un grados diez minutos Este (S-61º 10' E). Volviendo a la derecha se continúa por las cercas divisorias de la orilla izquierda del camino público hasta caer a la quebrada de Las Yeguas donde se colocó otro mojón de cemento marcado con el número veinticinco (25) y en su margen derecha. Este mojón dista del anterior en línea recta, setenta y cinco metros (75) y rumbo de Sur cuatro grados cincuenta y cinco minutos Este (S-4º 55' E). Del mojón veinticinco y siguiendo por la quebrada de Las Yeguas aguas arriba hasta enfrentarse con otro mojón de cemento marcado con el número veintiséis (26), colocado sobre su margen derecha. Este mojón dista del anterior en línea recta cuatrocientos setenta y un metros (471) y rumbo de Norte diez y ocho grados, treinta minutos Este (N-18º 30' E). Abandonando la quebrada y pasando por este mojón, se sigue por las cercas divisorias del ercierro de Simplicio Luna, pasando por un mojón de cemento marcado con el número veintiséis, uno, y atravesando el camino público ya mencionado hasta otro mojón de cemento marcado con el número veintiséis, dos (26-2) y colocado en su margen izquierda. Este mojón dista del número veintiséis, en línea recta, ciento noventa y ocho metros (198) y rumbo de Norte ochenta y cinco grados, quince minutos Oeste (N-85º 15' W). Desde el mojón veintiséis, dos, y volviendo a la derecha se continúa por las dos cercas actuales hasta otro mojón que se colocó inmediato a la puerta del mangón del Llano de La Balsa. Este mojón dista del anterior en línea recta quinientos veinticinco metros (525) y rumbo de Norte seis grados, cincuenta minutos Este (N-6º 50' E). Volviendo a la derecha y atravesando el camino público se sigue en línea recta hasta otro mojón que se colocó sobre el cerrito del Avispero, que dista del anterior mil ochocientos setenta y nueve metros (1.879) y rumbo de Norte ochenta y seis grados, cincuenta y cinco minutos Este (N-86º 55' E). Volviendo a la derecha, y desde el mojón del cerrito del Avispero se sigue en línea recta hasta otro mojón de cemento que se colocó sobre el peñón del Buitre y marcado con el número veintisiete (27). Este mojón dista del anterior quinientos setenta y seis metros (576) y rumbo de Sur doce grados, cincuenta y cinco minutos Este (S-12º 55' E). Del mojón número veintisiete y volviendo a la izquierda se sigue en línea recta hasta otro mojón de cemento marcado con el número veintiocho (28) y colocado en la banda derecha de la quebrada de Sumbador cerca a un árbol Tablón. Este mojón dista del anterior novecientos diez metros (910) y rumbo de Sur ochenta y cinco grados, cuarenta y nueve minutos Este (S-85º 49' E). Del mojón veintiocho y pasando por un mojón de cemento marcado con el número veintinueve se sigue en línea recta ascendiendo hasta el filo de la cordillera que sirve de límite a los Municipios de Suárez y Cunday, donde se colocó otro mojón de cemento marcado con el número dos (2). Este mojón dista del anterior dos mil ochocientos setenta metros (2.870) y rumbo de Sur setenta y nueve grados, cero minutos Este (S-79º 00' E). Hasta aquí colinda con el globo de 'La Rivera' adjudicado a Manuel Antonio Villoria Polanía. Desde el mojón número dos y volviendo hacia la derecha se sigue por todo el filo de la mencionada cordillera hasta otro mojón de cemento marcado con el número tres (3) en el sitio llamado 'El Aura'. Este mojón dista del anterior, en línea recta, mil setecientos treinta metros (1.730) y rumbo de Sur cuarenta y tres grados, veinticinco minutos Oeste (S-43º 25' W). Volviendo a la derecha y desde el mojón número tres, abandonando el filo de la cordillera, se sigue en línea recta hasta otro mojón de cemento marcado con el número treinta (30) y colocado sobre el peñón de Santa Bárbara en su parte septentrional. Este mojón dista del anterior dos mil novecientos veinticuatro metros (2.924 metros) y rumbo de Norte setenta y nueve grados, veinticinco minutos Oeste (N-79º 25' W). Del mojón número treinta se sigue en línea recta atravesando la quebrada de Bacalla, hasta otro mojón de cemento marcado con el número treinta y uno (31) y colocado sobre un cerrito Chaparroso. Este mojón dista del anterior mil doscientos diez y ocho metros (1.218) y rumbo de Sur ochenta y un grados, cuarenta y cinco minutos

Oeste (S-81º 45' W). Del mojón treinta y uno se sigue en línea recta hasta otro mojón marcado con el número treinta y dos (32), colocado sobre el mismo cerrito a una distancia aproximada de cien metros y al Oriente del sitio llamado Boquerón de las Manas, en el camino público. Este mojón dista del anterior trescientos cuarenta metros (340) y rumbo de Norte ochenta y ocho grados veinticinco minutos Oeste (N-88º 25' W). Volviendo a la izquierda y desde el mojón treinta y tres (33), después de atravesar un pequeño caño afluente de la quebrada Pichice. Este mojón dista del anterior cuatrocientos treinta metros (430) y rumbo de Sur veintitrés grados, veinticinco minutos Oeste (S-23º 25' W). Del mojón treinta y tres y volviendo a la derecha se sigue en línea recta hasta otro mojón marcado con el número treinta y cuatro (34) y colocado en la margen derecha de la quebrada "Pichicha" y adyacente al paso del antiguo camino público. Este mojón dista del anterior ciento ochenta y dos metros (182) y rumbo de Norte setenta y tres grados cincuenta y cinco minutos Oeste (73º 55' W). Del mojón treinta y cuatro se continúa en línea recta hasta otro mojón de cemento marcado con el número treinta y cinco (35) y colocado en la orilla izquierda del camino público actual. Este mojón dista del anterior ciento cincuenta y cuatro metros (154) y rumbo de Norte cincuenta y siete grados quince minutos Oeste (57º 15' W). Del mojón número treinta y cinco y pasando por un mojón de cemento marcado con el número treinta y seis, se sigue por las cercas actuales pasando por mojones de cemento marcados con los números treinta y siete y treinta y ocho, hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número trienta y nueve (39). Este mojón dista del número treinta y cinco, en línea recta, quinientos cincuenta metros (550) y rumbo de Norte sesenta y dos grados, cuarenta y cinco minutos Oeste (62º 45' W). Del mojón treinta y nueve y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas actuales pasando por mojones de cemento marcados con los números cuarenta y uno, hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número cuarenta y dos (42) y adyacente a un zanjón. Este mojón dista del número treinta y nueve, en línea recta, trescientos cincuenta metros (350) y rumbo de Sur cuarenta y ocho grados treinta y dos minutos Oeste (48º 32' W). Del mojón número cuarenta y dos y siguiendo por los cercos actuales hasta llegar a la orilla derecha de la quebrada de la Barrialosa, donde se colocó otro mojón de cemento marcado con el número cuarenta y cuatro (44) después de pasar por el mojón de cemento marcado con el número cuarenta y tres. El mojón cuarenta y cuatro dista del mojón cuarenta y dos en línea recta cuatrocientos sesenta y nueve metros (469) y rumbo de Sur diez y nueve grados, treinta y cinco minutos Oeste (S-19º 35' W). Del mojón anterior se sigue por la quebrada de La Barrialosa, aguas abajo, hasta su desembocadura en la quebrada de Bacalla, punto marcado en el plano con la letra C-1, punto que dista del mojón número cuarenta y cuatro, en línea recta doscientos noventa metros (290) y rumbo Norte cuarenta y cinco grados cero minutos Oeste (45º 00' W). Del punto C-1 se sigue por la quebrada de Bacalla, aguas abajo, hasta su desembocadura en el río Magdalena, punto marcado en el plano con la letra D-1. Este punto dista del anterior en línea recta seiscientos noventa metros (690) y rumbo de Sur treinta y seis grados treinta y dos minutos Oeste (36º 32' W). Del mojón número tres hasta aquí linda con el globo de "La Granja" adjudicado a la señora Francisca Polanía v. de Villoria. Del punto D-1 se sigue por toda la orilla derecha del río Magdalena, aguas abajo, hasta encontrar el mojón número ocho (8), primer lindero y punto de partida. Dicho mojón dista del punto anterior mil ochocientos veinticinco metros (1.825) y rumbo de Norte nueve grados, treinta minutos Este (N-9º 30' E)".

"Los rumbos indicados en esta descripción de linderos están relacionados con el norte astronómico o verdadero".

"De estos linderos excluyo, por no ser hoy titular de su dominio mi mandante, los cuatro lotes que enumero en seguida:

"1º El terreno vendido por Carlota Villoria a Emilio Suárez según escritura número 650 del 18 de diciembre de 1911, otorgada en la Notaría del Guamo, ubicado en la fracción de Bacalla, de la jurisdicción del Municipio de Santa Rosa (hoy Suárez), demarcado por los siguientes linderos: 'De Oriente a Occidente, desde el punto donde se encuentra dos mojones, herrado el uno con la cifra 'S' y el otro con las iniciales 'C V'. Colindando con tierras del señor Eustacio Villoria, línea recta hasta encontrar una piedra grande que se encuentra en la mitad de la quebrada llamada 'Bacalla'; de este punto hacia el Oriente, quebrada abajo, hasta encontrar el mojón que divide las tierras del señor Emilio Suárez, hasta encontrar los dos mojones ya citados'.

"2º El terreno vendido por la señorita Carlota Villoria a Primitivo Guzmán según escritura número 660 de 18 de diciembre de 1911, otorgada en la Notaría del Guamo, ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa (hoy Suárez),

demarcado por los siguientes linderos: 'De Oriente a Occidente, desde el punto donde se encuentra dos mojones, herrado el uno con la cifra 'S'' y el otro con las iniciales 'C. V'. Colindando con tierras del señor Eustacio Villoria, línea recta hasta encontrar una piedra grande que se encuentra en la mitad de la quebrada llamada 'Barcalla'; de este punto hacia el Oriente, quebrada abajo hasta encontrar el mojón que divide las tierras del señor Emilio Suárez, hasta encontrar los dos mojones ya citados'.

''3º El vendido por la señorita Carlota Villoria a Higinio Uriza según escritura número 664 de 18 de diciembre de 1911, otorgada en la Notaría del Guamo, ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa hoy Suárez, demarcado por los siguientes linderos: 'Del filo del cerro, colindando con tierras de Plácido Barrios, hacia Occidente, hasta encontrar con la quebrada de 'Sumbador' colindando con Manuel Villoria; de este punto hacia el Sur, quebrada arriba, hasta un Diomate en el desemboque de la quebrada 'El Aura'; de este punto, cerca de piedra arriba, hasta la fila del cerro; de este punto hacia el Norte, por la fila del cerro, colindando con el señor Plácido Barrios'.

''4º El vendido por la señorita Carlota Villoria a Alberto Páez según escritura número 666 de 18 de diciembre de 1911, otorgada en la Notaría del Guamo, ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa hoy Suárez, demarcado por los siguientes linderos 'Desde una piedra negra, llamada 'El Capote'; de este punto por el Oriente, hasta encontrar con la quebrada de 'La Bacalla'; y de este punto aguas arriba, hasta encontrar con un palo llamado 'Silleto'; por el Norte, de este punto línea recta (por) hasta el peñón de los 'Tigres'; y de este punto, por el Occidente, línea recta hasta encontrar con un árbol Menché, de este punto línea recta por el Sur, hasta encontrar con un picacho de peñón; y de este punto por el Oriente, hasta encontrar con otro picacho de peñón; de este punto por el Occidente, peñón abajo hasta encontrar con un Chaparro; y de este punto por el Sur, línea recta hasta encontrar con terrenos de Emilio Suárez, a dar a donde hay una piedra marcada con la marca del comprador; y de este punto por el Oriente, línea recta hasta la piedra de 'Capotes' primer lindero'.

''Lote número 1º de la Granja''. ''Partiendo de la desembocadura de la quebrada de Bacalla, en el río Magdalena, punto marcado en el plano con la letra D-1, se continúa por esta quebrada aguas arriba hasta donde le desagua la quebrada de la Barrialosa, punto marcado en el plano con la letra C-1, este punto dista del anterior en línea recta 690 metros y rumbo Norte 36º 32' Este; del punto C-1 se continúa por la quebrada de la Barrialosa, aguas arriba, en colindancia con terrenos de la hacienda de Altamira de propiedad de la misma adjudicataria, hasta encontrar un mojón de cemento marcado con el número 44, que se halla colocado sobre su margen derecha; este mojón dista del punto anterior, en línea recta 290 metros y rumbo Sur de 45º Este; de este mojón y abandonando la quebrada, se sigue por donde existían unos cercos, pasando por un mojón de cemento marcado con el número 43 y en colindancia con los mismos terrenos de la hacienda de Altamira de la misma adjudicataria hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número 42 y adyacente a un zanjón; este mojón dista del número 44 en línea recta 469 metros y rumbo de Norte 19º 35', Este; del mojón número 42 se sigue por donde existían los cercos pasando por mojones de cemento marcados con el número 41 y 40 con la misma colindancia hasta llegar a otro mojón de cemento, marcado con el número 39; este mojón dista del número 42 en línea recta 350 metros y rumbo de Norte 48º 32' Este; del mojón 39 y volviendo a la derecha se continúa por los cercos de alambre pasando por los mojones marcados con los números 38, 37 y 36, con la misma colindancia hasta llegar a otro mojón de cemento marcado con el número 35 y colocado en la orilla izquierda del camino público que conduce de Purificación a Suárez; este mojón dista del número 39, en línea recta 550 metros y rumbo de Sur 62º 45' Este; del mojón 35 y atravesando el camino público, se sigue en línea recta hasta otro mojón de cemento marcado con el número 34 y colocado sobre la margen derecha de la quebrada 'Pichicha' y adyacente al paso del antiguo camino público; este mojón dista del anterior 154 metros y rumbo de Sur 57º 15' E; del mojón número 34 se sigue en línea recta hasta otro mojón de cemento marcado con el número 33 y al lado izquierdo de un pequeño caño que desagua en la quebrada anteriormente nombrada; este mojón dista del anterior 182 metros y rumbo de Sur 73º 55' Este; del mojón número 33 y volviendo a la izquierda y atravesando el pequeño caño ya nombrado se sigue en línea recta a otro mojón de cemento marcado con el número 32 colocado sobre el filo de un cerrito chaparroso a unos 100 metros aproximadamente y al Oriente del sitio llamado 'Boquerón' de La Mana en el camino público; este mojón dista del anterior 430 metros y rumbo de Norte 23º 25' Este; volviendo a la derecha y desde el mojón 32, se continúa en línea recta,

en colindancia con terrenos de la misma adjudicataria, hasta otro mojón marcado con el número 31, colocado sobre el mismo cerrito chaparroso; este mojón dista del anterior 340 metros y rumbo 88º 25' Este; del mojón 31 se continúa en línea recta, atravesando la quebrada de Bacalla hasta otro mojón de cemento marcado con el número 30 y colocado sobre el peñón de Santa Bárbara en su parte septentrional; este mojón dista del anterior 1.218 metros y rumbo de Norte 81º 45' Este; del mojón número 30, se continúa en línea recta en colindancia con terrenos de la misma adjudicataria ascendiendo hasta el filo de la cordillera o cerro que sirve de límite a los municipios de Suárez y Cunday, donde se halla otro mojón de cemento, marcado con el número 3, en el sitio llamado 'El Aura'; este mojón dista del anterior 2.924 metros cuadrados y rumbo de Sur 79º 25' Este, colindando hasta aquí con el globo de Altamira, de la misma adjudicataria; del mojón número 3 y volviendo hacia la derecha, se sigue por todo el filo de la mencionada cordillera o cerro, hasta un mojón de piedra que se colocó haciendo frente con la cabecera de la quebrada Bacalla, mojón que distingue el plano con el número 52 y que es común al lote demarcado a la señora Evelia Villoria de Lagos; este mojón dista del anterior en línea recta 1.145 metros y rumbo de Sur 22º 0' Oeste; de aquí, se sigue por la quebrada Bacalla aguas abajo, pasando por el mojón marcado en el plano con el número 53 que se halla situado sobre la margen izquierda y que es común a los lotes de Evelia y el marcado a la familia Camacho Villoria, hasta encontrar el mojón marcado en el plano con el número 54 que se clavó sobre un barranco de la margen izquierda de la quebrada Bacalla y que es común al lote citado demarcado a la familia Camacho V.; este mojón dista del mojón número 52 en línea recta pasando por una piedra clavada y en colindancia con el citado lote demarcado a la familia Camacho V. y en dirección S. 80º 0' Oeste, en línea recta a una piedra que se clavó a la distancia de 275 metros; de aquí, se continúa con la misma colindancia en línea recta y con rumbo de Sur 75º 30' Oeste hasta una piedra que se clavó sobre la margen derecha de la quebrada 'Pichicha', distante del punto anterior 1.695 metros y mojón que sirve de lindero común al lote de 6 hectáreas demarcado a José Roso Garnica; de aquí se sigue por la quebrada Pichicha, aguas abajo en una extensión de 160 metros a encontrar el mojón de piedra demarcado en el plano con el número 55 y que es común al referido lote demarcado al citado Garnica; de aquí se sale con esta colindancia atravesando la quebrada de Pichicha en dirección o rumbo de Sur 87º 15' pasando por varias piedras clavadas en línea recta y en colindancia también con el lote de una hectárea demarcado a Justino Guerra y el de 2 hectáreas demarcado a Ernesto Camacho V. y José de la Cruz España, hasta el mojón que se distingue en el plano con el número 56 situado en toda la esquina de un encerrado y hacia el borde derecho del camino público que de Purificación conduce a Suárez; este mojón dista del mojón número 55 o sea el anterior 795 metros 80 centímetros; del mojón número 56, se sigue en colindancia con el lote demarcado a la familia Camacho Villoria, en línea recta y atravesando el camino público referido hasta llegar al mojón marcado en el plano con el número 57 situado al pie de la cerca de alambre de un potrero que poseía la familia Camacho V.; este mojón dista del anterior 780 metros y rumbo de Sur 46º 30' Oeste; de este mojón se sigue el rumbo de la cerca del potrero de la referida familia Camacho V. en colindancia con el lote demarcado a esta familia y en dirección N. O. hasta llegar al mojón que se colocó en el ángulo que forma esta cerca donde hay un árbol Matarratón, distante del punto anterior 202 metros 20 centímetros; de aquí se sigue con la misma colindancia en dirección O. N. O. con un azimut de 284º 45' en línea recta al mojón que se clavó al pie de la cerca de alambre que por aquella parte encerraba el potrero conocido con el nombre de Carabalí, distante del punto anterior 486 metros y mojón distinguido en el plano con el número 59; de aquí, se sigue el rumbo de esta cerca en dirección S. O. con la misma colindancia, pasando por el mojón distinguido en el plano con el número 60 hasta llegar al mojón 61 situados juntos al pie de dicha cerca, estando el mojón 61 situado en toda la esquina que forma la cerca; de aquí, se sigue con la misma colindancia por toda la cerca de alambre que lleva un azimut de 317º 30' hasta donde hace otro ángulo a la distancia de 17 metros 60 centímetros; de aquí se sigue con la misma colindancia por esta cerca que va con azimut de 300º 25' y distancia de 18 metros 20 centímetros a encontrar el mojón marcado en el plano con el número 62 situado sobre el borde de la margen derecha del río Magdalena en toda la punta de la cerca; y de aquí se sigue por el río Magdalena aguas abajo hasta enfrentar con el primer lindero citado y colocado en la desembocadura de la quebrada Bacalla".

III. Victoria Triana v. de Suárez, vecina de Suárez (Tolima). El objeto de la demanda, es el subsuelo petrolífero del globo de tierra denomi-

nado "Caracol" ubicado en jurisdicción del Municipio de Suárez y cuyos linderos son los siguientes: "Por un lado con la quebrada de 'La Hondita'; por el otro lado, en línea recta el peñón 'Blanco'; por otro lado la quebrada de Caracol; y por el otro lado con la quebrada de Batatas hasta el árbol llamado 'Chocho'; de aquí hasta llegar a un árbol que llaman Perrorillo; y de aquí, hasta la quebrada de La Hondita, primer punto de partida".

IV. César Vergara V., vecino del Municipio de Suárez (Tolima). Su objeto son los hidrocarburos que se encuentren en el globo de terreno denominado "Buenos Aires" que hace parte de la antigua hacienda de "Chiriló", ubicado en jurisdicción del Municipio de Suárez delimitado por los linderos siguientes: "Partiendo del mojón número 4 situado en la desembocadura de la quebrada de Morrocoy en un brazuelo del río Magdalena, se sigue por esta quebrada aguas arriba hasta su nacimiento, donde se encuentra el mojón número 5, de este mojón se sigue en línea recta, con azimut de 84º hasta el mojón número 6 donde dicha línea intercepta el camino de Purificación a Suárez lindando en este trayecto con la finca "El Horizonte" de propiedad del Coronel Félix Cleves; de este mojón número 6 se sigue con el mismo azimut hasta el mojón número 6-A situado en la cima del Cerro Gordo, a una distancia aproximada de 2.270 metros del mojón número 6; de este mojón número 6-A, se vuelve hacia la izquierda con azimut de 54º se sigue en línea recta hasta el mojón número 7, situado en la confluencia de las quebradas de Calombo y de La Honda a una distancia aproximada de 885 metros del mojón número 6-A, lindando en estos dos trayectos con la finca 'Las Flores' de propiedad de los señores Camacho; de este mojón número 7 se vuelve hacia la izquierda, por la margen izquierda de la quebrada de 'La Honda', aguas abajo y luego, con azimut de 277º, hasta el mojón número 13 a una distancia aproximada de 1.200 metros del mojón número 7, de aquí se sigue en línea ligeramente quebrada, hasta el mojón número 12, situado en la fileta desde donde se domina la confluencia de las quebradas de Calabombo y de La Honda; de este mojón número 12, se sigue en la dirección Oriente-Occidente, hasta el mojón número 11; del mojón número 11, se vuelve hacia la derecha y se toma la dirección Sur-Norte, en línea recta hasta el mojón número 10, a una distancia aproximada de 100 metros del mojón número 11; de este mojón número 10, se vuelve hacia la izquierda, tomando nuevamente la dirección Oriente-Occidente, en línea recta hasta el mojón número 9, donde esta recta intercepta el camino de Suárez a Purificación, a una distancia aproximada de 870 metros del mojón número 10 lindando, desde el mojón número 7 hasta aquí, con la finca de Cajamarca de propiedad de Bernardino Padilla Córdoba; del mojón número 9 se vuelve hacia el Sur y siguiendo por el mismo camino de Suárez a Purificación, en dirección Norte-Sur, hasta llegar al mojón número 17, sobre el citado camino, a una distancia aproximada de 650 metros del mojón número 9; de este mojón, dejando el camino de Purificación, se vuelve hacia el Occidente, por una cerca de piedra que sirve de lindero con el potrero de 'La Esmeralda', perteneciente a la finca de Enderley, de propiedad de la señora Ildaura Villoria de Sanmiguel, hasta el mojón número 18, situado al terminar la mencionada cerca, sobre la margen derecha del río Magdalena, lindando en estos dos trayectos, con el potrero ya citado de 'La Esmeralda'; de este mojón se vuelve hacia la izquierda por la margen derecha del río Magdalena, aguas arriba, hasta volver nuevamente al mojón número 4, punto de partida, lindando en este trayecto con la finca 'Florencia' de propiedad de los señores Camacho. Esta finca incluye la parte del lote de vega comoquiera que el antiguo cauce de la quebrada de 'El Consuelo' dejó al otro lado del actual cauce y alinda así: Por el Sur siguiendo una hilera de matarratones con lote de propiedad de los Gómez; por el Oriente, y por el Norte, con lote de propiedad de los mismos señores Gómez; y por el Occidente, con el Brazuelo del río Magdalena a donde desemboca actualmente la quebrada de El Consuelo".

V. Jorge de Sanmiguel, a nombre de la señora Ildaura Villoria de Sanmiguel, se refiere a los hidrocarburos que puedan existir en el globo de tierra denominada 'La Esmeralda', ubicado en el Municipio de Suárez (Tolima), determinado por los siguientes linderos: "Partiendo del mojón 'F', situado en la orilla derecha del río Magdalena, siguiendo al Oriente, Norte y Noreste, la línea quebrada, cercas de alambre de púas y piedras, medianería con la hacienda de 'Chiriló', pasando por los mojones sesenta y cinco, sesenta y seis, sesenta y siete, sesenta y ocho, sesenta y nueve hasta el setenta, situado en la orilla del camino que de Purificación conduce a Suárez; de este mojón con azimut de 290º grados y longitud de 585 metros, hasta el mojón uno; de aquí, con azimut de 220º 30', línea recta a la orilla derecha del río Magdalena; por esta orilla al Sur, aguas arriba, hasta el mojón 'F', punto de partida".

En cada una de las demandas se afirma que los actores son actuales propietarios de los terrenos a cuyo subsuelo contraen sus pretensiones, y que éstos salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, concretamente en virtud del remate de bienes desamortizados realizados en los días 23 y 24 de octubre de 1871, llevado a cabo por la Secretaría del Tesoro y Crédito Nacional, en el cual el señor Manuel Antonio Villoria adquirió los lotes 1 a 5 de la hacienda denominada "San Juan de Aguablanca", del conjunto de los cuales lotes hacen parte cada uno de los terrenos objeto de las demandas. Finalmente en todas las demandas se afirma que los terrenos se encuentran afectados por el área de la propuesta número 543.

De conformidad con los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos, la comprobación de los anteriores hechos fundamentales daría lugar al reconocimiento de las pretensiones de los actores; pero faltando la prueba de cualquiera de ellos la sentencia deberá ser absolutoria.

Los demandantes allegaron al expediente una copiosa prueba documental, y durante el término probatorio se practicó una inspección ocular y una peritación con la finalidad de establecer los dos últimos fundamentos.

Para los fines de esta providencia es suficiente anotar que el último de ellos, o sea, que la propuesta 543 se superpone a los terrenos cuyo subsuelo es objeto de las demandas, no quedó plenamente establecido. Como bien dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en este negocio, "en el acta de reconocimiento judicial no se hace ninguna alusión a la propuesta formulada por el señor Pablo E. Vargas Cuéllar, admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos bajo el número 543. Durante la diligencia no se trató de localizar el perímetro de la mencionada propuesta sobre el terreno; no se recorrió ninguno de sus límites ni se verificó la existencia real de uno solo de los puntos esenciales para servir de base a los estudios de los peritos".

La superposición de la propuesta a los terrenos tan solo fue objeto de la prueba pericial, y respecto a ella anotó el señor Procurador delegado que los expertos dieron sus opiniones con fundamento exclusivamente en una copia del plano de la propuesta 543, y que "no se sustentó en la realidad geográfica y topográfica comprobada en la inspección ocular, sino en una descripción teórica de la propuesta y, en esas condiciones, únicamente contiene presunciones e inferencias de un valor muy relativo, a pesar de la capacidad científica de los ingenieros Joaquín Aurelio Sánchez y Luis Alberto Espinel (...). El trabajo de los expertos no ha debido realizarse en forma aislada, independiente de la inspección ocular, sino fluír de éste, que es prueba concurrente en que el Juez y peritos coinciden en la observación de determinadas circunstancias (...). En el presente caso —como vimos anteriormente— no se realizó inspección ocular, no hubo reconocimiento judicial respecto a la determinación de los linderos de la propuesta 543, ni examen sobre el terreno para comprobar que los inmuebles detallados en las demandas sí estaban comprendidos, en todo o en parte, dentro del área de la propuesta de contrato aceptada por el Ministerio de Minas y Petróleos. Como lo ha reconocido la honorable Corte en sentencia que puede leerse en la G. J., T. LXXXI, número 2.157-8, págs. 344-349, para acreditar estos presupuestos esenciales no es suficiente el dictamen pericial, pues éste es inseparable de la inspección ocular. Y una demostración concluyente de la importancia de verificar sobre el terreno los límites de una propuesta y la relación entre el área de ésta y de los inmuebles singularizados en las demandas, lo ofrecen el dictamen pericial suscrito por los ingenieros Sánchez y Espinel, cuando anotan errores en el plano que les sirvió de base para llegar a sus deducciones".

El dictamen es del siguiente tenor:

"Punto segundo. Prueba Pericial.

"Para rendir nuestro dictamen hemos utilizado una copia del plano de la propuesta número 543, expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos. En dicho plano están dibujados los linderos de la Propuesta número 543 en color negro. Sobre dicho plano hemos localizado, en colores diferentes, los distintos globos de terreno a que hacen referencia las peticiones primera y segunda de las demandas. El lindero *occidental* de la propuesta está determinado por la margen derecha u oriental del río Magdalena. El globo de terreno denominado San Juan de Aguablanca (línea roja continua) está situado desde la banda derecha del río Magdalena hacia el Oriente.

"El lindero *oriental* de la propuesta está determinado por la línea recta que une los puntos E y F con un rumbo de S. 22º 30' W y pasa a una distancia promedio de 6 kilómetros al oriente del lindero oriental del globo de tierra de San Juan de Aguablanca.

"El lindero *norte* de la propuesta está determinado por dos líneas rectas que unen los puntos C-D y E a partir de la margen derecha del río Magdalena (punto C), y pasa a una distancia

promedio de 5.300 metros al norte del extremo norte del lote de San Juan de Agua Blanca.

"El lindero sur de la propuesta está determinado por dos rectas que unen los puntos B-G y F a partir de la margen derecha del río Magdalena (punto B) y pasa a una distancia promedio de 6 kilómetros al sur del lindero sur del lote de San Juan de Agua Blanca.

"De acuerdo con las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta la localización de los distintos lotes de las oposiciones en relación con los linderos de la propuesta, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

"a) Los lotes que figuran en las peticiones primera y segunda de la demanda de 'Camacho Villoria Hermanos', están comprendidos dentro de la alinderación general dada a la propuesta número 543. En cuanto al lote marcado en el plano con la letra 'H' y en color amarillo y cuyos linderos de acuerdo con la petición primera de la demanda (cuaderno Nº 1 - folio 6) son: 'Partiendo del mojón número 19, situado en la margen derecha del río Magdalena se sigue por dicha margen, aguas abajo, hasta el mojón 21, situado sobre la misma margen y a una distancia aproximada de 400 metros del mojón número 19; del mojón número 21 se vuelve hacia el oriente hasta encontrar el mojón número 22, situado en la margen izquierda del brazuelo que separa la isla de 'Chiriló', de la finca del mismo nombre; del mojón número 22 siguiendo la margen izquierda del mismo brazuelo, se sigue aguas arriba, hasta encontrar el mojón número 20 situado sobre la misma margen y a una distancia aproximada de 400 metros del mojón número 22, del mojón número 20 se vuelve hacia el occidente hasta encontrar nuevamente el mojón 19, punto de partida', hacemos la siguiente observación:

"Al localizar sobre el plano de la propuesta el lote 'H' en referencia, se observa que dicho lote queda por fuera del lindero. La descripción de los linderos de la propuesta número 543, publicada en el 'Diario Oficial' número 27.652 del 13 de junio de 1951, dice al hacer la descripción del lindero occidental de la propuesta: ... A partir de dicho vértice de El Volcán que en el plano aparece marcado con la letra A, se toma en línea recta por una distancia de cinco mil novecientos cincuenta metros (5.950 metros) medidos con rumbo Norte sesenta y siete grados y treinta minutos Oeste (N 67º 30' W) hasta dar en un punto situado sobre la orilla derecha u oriental del río Magdalena, marcado en el plano con la letra B. Desde este punto B sigue el lindero por toda la orilla oriental del río Magdalena hasta dar en un punto marcado en el plano con la letra C. Según la descripción del lindero, este debería pasar por la margen derecha u oriental del río Magdalena. En el plano de la propuesta se observa, que, en el sector en que está localizado el lote 'H', el lindero de la propuesta no pasa por la margen derecha u oriental del río Magdalena sino por el brazuelo formado por la desembocadura de la quebrada de El Consuelo en el río Magdalena. En la descripción de los linderos del lote 'H', el lindero oriental de este lote está sobre la margen izquierda del brazuelo mencionado y el lindero occidental del mismo lote está sobre la margen derecha del río Magdalena. En nuestro concepto hay un error en el dibujo del lindero occidental de la propuesta, en el sector correspondiente a la desembocadura de la quebrada del Consuelo en el río Magdalena. Haciendo esta aclaración, concluímos que el lote 'H' en referencia también está situado dentro de los linderos generales de la propuesta número 543.

"b) Los lotes que figuran en las peticiones primera y segunda de la demanda de Carlota Villoria Polanía o sean los denominados 'Altamira' y 'Lote número uno de La Granja', están comprendidos dentro de la alinderación general dada a la propuesta número 543.

"c) Los lotes que figuran en la parte petitoria de las demandas de Victoria Triana v. de Suárez, César Vergara e Ildaura Villoria de San Miguel o sean los denominados 'Caracol', 'Buenos Aires', y la 'Esmeralda', están comprendidos dentro de la alinderación general dada a la propuesta número 543".

Resumen de conclusiones ("...")

"Tercero. El globo de terreno determinado por los linderos de la propuesta número 543, formulada al Gobierno por el señor Pablo Emilio Vargas C., para la celebración de un contrato sobre exploración y explotación de petróleos, se sobrepone a los inmuebles determinados en las peticiones primera y segunda de las demandas acumuladas. Adjuntamos a nuestro dictamen una copia del plano topográfico de la concesión solicitada por Pablo Emilio Vargas Cuéllar. Esta copia fue expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos y entregada a los peritos por el señor apoderado de los demandantes durante la práctica de la diligencia de inspección ocular".

Como fácilmente puede apreciarse, los peritos se basaron exclusivamente en un plano de la propuesta 543 que les fue suministrado durante la inspección por el apoderado de los demandantes, plano en el cual se encontraban señalados los

linderos de la mencionada propuesta, y como según tal demarcación los terrenos objeto de la demanda, identificables por puntos arcifinios indicados en el plano, aparecían ubicados dentro de la alinderación en referencia, concluyeron que, efectivamente, la propuesta 543 se superponía a los mencionados terrenos. El plano, pues, no fue un simple auxiliar que hubieran utilizado para mejor ilustrar los fundamentos de sus conclusiones, sino que él mismo tiene el carácter de prueba básica. Ahora bien, como toda prueba, debía ceñirse a las reglas procesales respecto a su incorporación a los autos, pero es el caso que, como ya se dijo, el plano les fue suministrado a los peritos privadamente por el apoderado de los actores, durante la inspección ocular, sin intervención alguna de los funcionarios que la practicaban, y sin que, por lo demás, hubiera sido objeto de una solicitud formal de allegamiento presentada durante el término para pedir pruebas. En consecuencia estuvo mal incorporado al proceso, de conformidad con el artículo 597 del Código Judicial, por lo cual no puede entrarse a considerar su mérito probatorio.

Con todo conviene anotar que si bien en el plano aparece afirmado que es "fiel copia del plano que acompaña a la propuesta 543" bajo una firma que se dice ser de "Augusto Barriento Nicholls" "Director Ingeniero", contramarcado con un sello cuya leyenda reza: "Ministerio de Minas y Petróleos - División Nacional de Petróleos, Bogotá", no hay manera de asegurarse de su autenticidad, dada la forma irregular como, según se vio, fue presentado en el juicio. Ninguna duda habría al respecto, en cambio, si el plano hubiera sido remitido por el Ministerio a solicitud de la Corte, hecha en virtud de petición formulada dentro de oportunidad legal por el apoderado de los demandantes. O si se tratara de un mapa de los elaborados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cuyas características especiales hacen presumir su autenticidad. De suerte, pues, que no puede reconocérsele valor probatorio alguno al dicho plano.

Por consiguiente falta la comprobación del fundamento que se estudia, o sea, que no aparece establecido que la propuesta 543 se superponga a los terrenos objeto de la demanda, lo que es suficiente para desechar las pretensiones de los actores.

Conviene precisar que si bien en las consideraciones anteriores, la Sala ha llegado a los mismos resultados a que llegó el señor Procurador Delegado, no está en todo de acuerdo con éste, y así cabe destacar que, en términos generales, no es aceptable la tesis que sustenta de que el dictamen pericial deba siempre fluír de la inspección ocular, ya que puede haber casos en que ello no sea necesario, como cuando los peritos fundamentan sus conclusiones sobre accidentes geográficos de reconocida notoriedad, y sus inferencias se basan en rumbos magnéticos o astronómicos, o de alguna otra manera que implique la aplicación de conocimientos científicos especiales. Sea lo que fuere no son tales las circunstancias del caso de autos, puesto que, como resulta de la lectura del dictamen de los peritos, ellos no se basaron en ningún punto geográfico que tuviera la calidad de notorio, sino como se dijo, en el supuesto plano de la propuesta, que, fuera de toda intervención judicial, les entregó el apoderado de los actores. Cierto que el río Magdalena es un accidente geográfico que tiene las características de un hecho notorio, pero no lo tiene el determinado sector de dicho río que aparece comprendido entre los puntos B y C del plano, y en los linderos de la propuesta no se hace referencia a ningún otro accidente geográfico igualmente notorio con relación al cual hubiera podido quedar debidamente localizado ese sector del río, el que sólo resulta determinable en virtud de los rumbos magnéticos que se tomen a partir del punto denominado "El Volcán", cuya localización, se repite, no fue hecha en la inspección ni posteriormente por los peritos.

Por todo lo expuesto, se impone fallar adversamente las pretensiones de los actores.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley resuelve:

Declárase infundada la oposición que los señores Victoria Triana v. de Suárez, Carlota Villoria Polanía, la sociedad colectiva "Camacho Villoria Hermanos", César Vergara V. e Ildaura Villoria de Sanmiguel hicieron a la propuesta que para explotar petróleos de propiedad nacional formuló el señor Pablo E. Vargas C. al Gobierno y que quedó distinguida con el número 543 y por consiguiente se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo M., Secretario.

PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO. TERRENOS ALEDAÑOS A LA CONCESION DE MARES. CADUCIDAD DE LA ACCION.

El Gobierno también puede contratar en esta zona con entidades distintas de la Empresa Colombiana de Petróleos. Diferente régimen legal según que el Gobierno contrate con la Empresa Colombiana de Petróleos o con otras personas naturales o jurídicas. Caducidad general de la acción de oposición a la adjudicación de contratos y caducidad especial consagrada en el Decreto 2390 de 1955. Condiciones para que pueda aprovecharse este término especial de caducidad.

1. La Ley 165 de 1948, en su artículo 1º, facultó al Gobierno para promover la organización de una empresa colombiana de petróleos con participación del Estado y del capital privado nacional y extranjero, o del Estado y el capital privado colombiano de no obtenerse la participación del extranjero, y aun como empresa exclusivamente oficial si no fuere posible organizarla como empresa de economía mixta.

La misma ley, en su artículo 5º, dispuso "autorízase al Gobierno para contratar con la empresa que se funde de conformidad con la presente Ley la concesión del servicio público consistente en la administración y explotación de los campos petrolíferos, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento y, en general, de todos o parte de los bienes muebles o inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes y contratos vigentes sobre petróleos, así como la explotación y administración de los campos petrolíferos aledaños a las concesiones que reviertan a la Nación, de los oleoductos de propiedad de la misma, y la construcción de refinerías y estaciones de abastecimiento".

El Decreto número 30 de 1951, expedido en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 165 de 1948, creó la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), como empresa autónoma de carácter oficial. Ese mismo decreto, en su artículo 2º, le otorgó la concesión del servicio público a que se refiere la primera parte del artículo 5º de la Ley 165, esto es, el relativo a los yacimientos e instalaciones de la Concesión de Mares que habían de revertir al Estado; y lo mismo hizo el artículo 1º del Decreto número 2390 de 1955 respecto de los campos petrolíferos situados en terrenos aledaños a dicha Concesión, los que en el Decreto 1070 de 1953 habían sido determinados así: "Para los efectos del artículo 5º de la Ley 165 de 1948, entiéndese por zonas aledañas a la Concesión de Mares, las comprendidas entre los límites actuales de la mencionada Concesión y una línea paralela circundante de 35 kilómetros y de aquellos linderos, con excepción de los terrenos que forman parte de contratos vigentes de exploración y explotación o de propuestas admitidas con anterioridad a la vigencia del presente Decreto".

Es importante observar, por otra parte, que este último decreto, el 1070 de 1953, que quedó reformado por el 2390 de 1955, concedía a la Empresa Colombiana de Petróleos una opción de cinco años para contratar los yacimientos de la Concesión de Mares, y también de cinco años para contratar los existentes en terrenos aledaños, en ambos casos a partir de la vigencia del expresado decreto.

Cumplida la reversión de la Concesión de Mares, como secuela del fallo de la Corte Suprema de Justicia de 20 de septiembre de 1944, que indicó el 25 de agosto de 1951 como fecha de expiración del contrato con la Tropical Oil Company, los respectivos yacimientos entraron a formar parte, nuevamente, de la reserva nacional, en virtud de lo que sobre el particular prescriben las leyes colombianas a partir del Código

Fiscal de 1873 (Ley 106, artículo 1126); y quedaron sujetos, por tanto, para efecto de la exploración y explotación por empresas concesionarias, al cumplimiento de las formalidades y condiciones de varia índole a que el Código de Petróleos subordina la adjudicación de esta especie de contratos: presentación y tramitación de la propuesta, presentación del plano topográfico y geológico, de la memoria técnica correspondiente y de las carteras del levantamiento geológico y geográfico, limitación del área, comprobación de la capacidad financiera del proponente, orden de preferencia para la adjudicación, etc.

Constituída la Empresa Colombiana de Petróleos, como organismo público descentralizado, pero hallándose reglamentada en la Ley la forma como la administración debe escoger a los concesionarios de contratos para la exploración y explotación de petróleos, era necesaria especial autorización legislativa para contratar directamente con aquella empresa la prestación del servicio público aludido en el artículo 5º de la Ley 165, sin sujeción a las normas que le impedían al gobierno elegir libremente al concesionario. A ello vino esta última disposición. No es ella, por tanto, constitutiva de reserva sobre la cual no sea lícito celebrar contratos de exploración y explotación con entidades distintas de la oficial, sino únicamente contentiva de una autorización específica —de aquellas a que hace referencia el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución— para contratar con una determinada persona jurídica sin sometimiento a los requisitos y formalidades usuales. Ni del texto ni del contexto del artículo citado puede deducirse otra conclusión, ya que, por una parte, él habla simplemente de autorizar al gobierno para celebrar el contrato, sin darle al precepto fuerza imperativa, y por otra, no es de presumir que en su intención estuviera que los hidrocarburos subyacentes de concesiones revertidas y de las zonas aledañas debieran permanecer inexplotados de no llegarse a la formación de la empresa oficial o semioficial, o de no convenirle a ésta o no interesarle, una vez constituída, la exploración y explotación de todos ellos, sino de una parte solamente. Conviene anotar que aún la formación de la empresa tenía carácter obligatorio, pues que el gobierno apenas recibía facultad para promover la organización, y que si bien creada para prestar el servicio público mencionado, la autonomía de que goza como establecimiento descentralizado le deja en libertad de prescindir de operaciones que por cualquier motivo no desee o no le convenga concluír.

Supuesto lo que se acaba de expresar, no hay inconveniente en admitir que, sin perjuicio de la facultad conferida para contratar directamente con la Empresa Colombiana de Petróleos, puede el Gobierno hacerlo con otras personas naturales o jurídicas con arreglo a las normas comunes que rigen la materia.

Entre estas se encuentra la del artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, conforme al cual las demandas sobre propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato deben ser presentadas, so pena de caducidad, dentro del término de un año contado desde la publicación en el "Diario Oficial" de la resolución administrativa que admite la propuesta, término que el Decreto 2390 de 1955 amplió para las zonas aledañas a la Concesión de Mares adjudicadas a la Colombiana de Petróleos, a dos años contados a partir de la vigencia del mismo decreto, o sea del acto de adjudicación.

El Decreto 1070 de 1953 concedió a la Colombiana de Petróleos opción por cinco años, a partir de la resolución sobre terminación del contrato o sobre caducidad de la propuesta, para contratar los yacimientos de la extinguida Concesión de Mares y los situados en terrenos aledaños a ella. El 2390, reformatorio del anterior, prescindiendo de dicha opción, procedió a otorgar a la nombrada empresa, en concesión, los campos petrolíferos situados en las zonas señaladas como aledañas a la Concesión de Mares en el artículo 1º del Decreto 1070 ya citado, o sea, "las comprendidas entre los límites actuales de la mencionada concesión y una línea paralela circundante situada a una distancia de 35 kilómetros de aquellos linderos, con excepción de los terrenos que forman parte de contratos vigentes de exploración o explotación o de propuestas admitidas con anterioridad al presente Decreto". Es decir, que de la concesión otorgada a la Empresa Colombiana de Petróleos se excluyó los terrenos que "forman parte de contratos vigentes... o de propuestas admitidas con anterioridad" al Decreto 2390; siendo pertinente anotar, por otra parte, que la excepción introducida por este último decreto a la regla general del artículo 2º del 3050 de 1956, en lo concerniente al plazo para la presentación de las demandas y a su fecha inicial, sólo es aplicable a los juicios relativos a terrenos que fueron objeto de concesión a la Colombiana de Petróleos, pues así se deduce claramente de lo que expresa la norma. Esta hace explícita referencia a las zonas que el mismo decreto entiende como aledañas, de las que se hallan excluídas las que forman parte de contratos vigentes o de propuestas ya aceptadas, re-

ferencia cuya finalidad no es otra que determinar los campos concedidos a la Empresa, los que, por este motivo, podían ser objeto de los juicios que prevé el Decreto 2390. Ni es impertinente observar que, por ser tales campos objeto de concesión directa, no había lugar a tramitación de la propuesta en la forma indicada en los artículos 125 y siguientes del Código de Petróleos, por lo cual venía a desaparecer la fecha de iniciación del período que para la presentación de la demanda señala el artículo 2º del Decreto 3050, lo que explica que para el caso de contratos directos hubiera sido menester fijar como tal fecha de iniciación del plazo, por vía de excepción, la del acto mediante el cual se otorga la concesión, o sea, en lo relativo a la de Mares, la de la vigencia del Decreto 2390. Pero si tal excepción fue creada solamente para el efecto expresado, es claro que en los demás, esto es, cuando el contrato no se celebra directamente sino que supone la admisión previa de la propuesta, la presentación de la demanda se rige por lo preceptuado como regla general en el artículo 2º del Decreto 3050.

La cuestión no radica precisamente, así pues, en averiguar si el gobierno podía o no reglamentar la Ley 165 en la forma como aparece haberlo hecho, sino en establecer si puede o no contratar con empresas distintas de la Colombiana de Petróleos los campos petrolíferos revertidos de la Concesión de Mares o situados en las zonas aledañas que por cualquier motivo no sean adjudicados a la Colombiana. La Sala considera que puede hacerlo por los motivos que se dejan expuestos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Se han tramitado ante esta Sala de la Corte, en forma acumulada, dos juicios ordinarios de única instancia en los cuales se ejercita, por los demandantes que en seguida se expresan y en relación con los terrenos que adelante se determinan, la acción de propiedad privada de petróleos que concede el inciso 2º del artículo 1º del Decreto extraordinario número 2390 de 1955, conforme al cual las personas que se consideren propietarias del petróleo existente en las zonas otorgadas en concesión a la Compañía Colombiana de Petróleos, cuyo derecho no hubiere caducado, pueden demandar a la Nación en juicio ordinario de única instancia ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para el reconocimiento de su derecho, dentro de los dos años contados a partir de la vigencia del decreto. Tales juicios son:

El 23 de abril de 1957 el abogado Pedro Gómez Parra, en representación de Paul M. Joy, Harriet Petersen de González, Alicia Augusta Carr, Lotte Marianne Helena Reichmann, Lilian Jaquet, Ilse Konrad, Ernest Viktor Goller, Francis Anne Padgett, W. N. Padgett, Heikel Walter Anton Karl Robert, Alive Joy Marshall, Henry Morgan Marshall, Anne Marie Yoroschka, Donal Mac Gregor Marshall, Eleanor Adeline Tilley, Bertha Isabel Grai, Edith Adela Muller, Muriel Helen Glibery, Enrique Vélez y Aura de Warner, demandó a la Nación, representada por el Procurador, para que mediante la tramitación de un juicio ordinario de única instancia se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que salieron legal y definitivamente del patrimonio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, los petróleos, los hidrocarburos, los gases naturales y sustancias similares que se encuentran o puedan encontrarse en el suelo y el subsuelo de los siguientes globos o lotes de terreno ubicados en jurisdicción de los municipios de Lebrija y Puerto Wilches del Departamento de Santander, que fueron adjudicados a Roberto Augusto Joy, por la resolución dictada por el Gobierno del Estado Soberano de Santander con fecha 20 de julio de 1872, aprobada por el Gobierno Federal de la Unión por el Decreto número 314 de 19 de septiembre del mismo año, de la Secretaría de Hacienda, lotes que se determinan, miden y lindan así:

I. "El lote de tierra que expresa el plano número primero denominado 'El Conde' y demarcado así: 'Partiendo del punto de intersección del camino con la quebrada de Las Pavas y siguiendo ésta aguas abajo hasta su confluencia con la de Castrillón, quebrada de Castrillón aguas abajo hasta su entrada en la del Conde quebrada del Conde aguas arriba, hasta el paso del camino abandonado; de este punto siguiendo la trocha en dirección hacia el lago de Paturia hasta encontrar el camino y se continúa éste hasta el paso de la quebrada de Payoita y Condecito; de este punto línea recta al morro más alto de la cordillera de Buenavista; de este morro otra otra línea recta a la confluencia de la quebrada del Conde con el Río Sucio; de aquí otra línea recta al cuarto morro hacia el sur de la

cordillera paralela a la de La Paz, y siguiendo dicha cordillera paralela a la de La Paz, por la sucesión de morros que la forman hasta el último hacia el Norte, ya para caer a la hoya del Río Sucio; de este punto, línea recta al paso de la quebrada de Las Pavas en el camino punto de partida';

II. "El terreno que expresa el plano segundo con el nombre de 'San Antonio', demarcado así: 'partiendo de la confluencia de las quebradas de La Morena y la Payoa del Sogamoso, siguiendo el curso de esta última, aguas arriba hasta su confluencia con la quebrada de Jejenal; de este punto una línea recta a la unión de las quebradas de La Guadua y de La Laja; ésta aguas abajo y atravesando el camino hasta la boca de la quebrada del Consuelo; de este punto línea recta hasta las cabeceras de la quebrada de La Morena; éstas aguas abajo hasta el punto de partida del primer lindero';

III. "El terreno que expresa el plano tercero, con este alinderamiento: 'partiendo del punto de intersección del camino con La Payoa del Sogamoso, ésta aguas arriba hasta sus cabeceras, en el punto en donde se divide en dos zanjas pequeñas; de este punto, una línea en dirección Norte 2º 34'' del Este, hasta encontrar a la distancia de tres mil doscientos cincuenta metros (3.250) la prolongación de la línea recta que, partiendo de la cabecera de la quebrada de La Mesita, pasa por las cabeceras de la quebrada del Capitán, y de este punto línea recta a la cabecera de la quebrada de la Mesita, pasando la línea por las cabeceras de la quebrada del Capitán; quebrada de La Mesita aguas abajo, hasta su intersección con el camino; de este punto siguiendo el camino, hasta encontrar La Payoa del Sogamoso, punto de partida';

IV. "El lote de tierra que expresa el plano número cuatro, por estos linderos: 'partiendo de las cabeceras de la quebrada de La Mesita, ésta aguas abajo hasta su desembocadura en la de Las Mercedes; de este punto una línea recta hasta las cabeceras de la quebrada de Payoa del Lebrija; ésta aguas abajo hasta su unión con la de Bretón; ésta aguas arriba hasta su intersección con el camino; de este punto, siguiendo el mismo camino, en dirección hacia Girón, hasta encontrar la quebrada del Observatorio; de este punto siguiendo al Este la zanja que allí desemboca, hasta sus cabeceras en el punto en donde hay una curva; de este punto línea recta en dirección Norte 54º 33' al Este, hasta la distancia de dos mil trescientos cincuenta metros (2.350 mts.), y de este punto volviendo en dirección Este 50º al Sur, hasta la distancia de novecientos quince metros (915 mts.), y de aquí línea recta a las cabeceras de la quebrada de La Mesita, punto de partida del primer lindero';

V. "El terreno que expresa el plano número cinco, alinderado así: 'partiendo del punto de intersección de la quebrada del Observatorio con el camino, en donde entra la zanja de La Cueva, siguiendo ésta hasta sus cabeceras en el punto donde hay una curva de aquí línea recta en dirección Norte 54º 33' al Este, hasta la distancia de dos mil trescientos cincuenta metros (2.350 mts.); desde este punto volviendo en dirección Este 50' al Norte hasta la distancia de mil ochocientos quince metros (1.815 mts.); de aquí otra línea recta a la intersección del camino con la quebrada de Bretón, y de este punto siguiendo el camino hasta encontrar la quebrada del Observatorio, punto de partida del primer lindero';

VI. "El terreno que expresa el plano número seis, alinderado así: 'partiendo del punto de intersección del camino con La Payoa del Sogamoso, siguiendo ésta en dirección hacia el lago de Paturia, hasta encontrar la quebrada de La Mesita; siguiendo el curso de ésta aguas abajo, hasta su desembocadura en la quebrada de Diéguez o de Las Mercedes; de este punto línea recta a las cabeceras de La Payoa del Lebrija; de aquí otra línea recta a la confluencia de las quebradas de San Miguel y Payoa del Sogamoso, y ésta aguas arriba hasta el punto de partida del primer lindero';

VII. "El terreno que en el plano lleva el número siete, alinderado así: 'partiendo del paso de la quebrada de Bretón en el camino de Paturia, línea recta al punto de intersección de la trocha de Nieto con la quebrada de Los Pantanos o Zúñiga, en donde hay una pequeña laguna; de este punto, de la quebrada de los Pantanos aguas abajo hasta su entrada en la quebrada del Callejón; ésta aguas abajo hasta encontrar la línea recta que, partiendo de la confluencia de las quebradas de Alvarez y la Contra-aguas; viene formando un ángulo de Este 4º 30' al Sur, a encontrar dicha quebrada del Callejón; de aquí siguiendo dicha línea recta hasta la confluencia de las quebradas de Alvarez y la Contra-aguas; de este punto siguiendo la quebrada de Alvarez, aguas arriba, hasta encontrar el camino de Paturia; de este punto línea recta a las cabeceras de Las Guacamayas, en el punto en donde se dividen en dos zanjas iguales; de aquí línea recta al origen de la quebrada del Olivo; que-

brada del Olivo aguas abajo hasta su entrada en la de El Bagre; de este punto línea recta a la confluencia de la quebrada Bretón con la de Payoa del Lebrija, y de aquí siguiendo el curso de la Bretón, hasta encontrar el camino de Paturia, punto de partida';

VIII. "El terreno que representa el plano octavo, por estos linderos: 'partiendo del paso de la quebrada Puyana en el camino de Paturia, línea recta a la confluencia de la toma Orbegozo con el Río Paturia; de este punto siguiendo la toma de Orbegozo, aguas arriba, hasta su unión con la zanja del Canelo; de aquí una línea recta en dirección Sur 32º Este, hasta encontrar la sabana, desde donde se toma la línea recta que limita a ésta, hasta el punto donde el camino entra en la sabana; de aquí siguiendo ésta, hasta el punto donde el camino entra en la sabana; de aquí siguiendo ésta hasta el paso de la quebrada Gómez; de aquí por esta quebrada aguas arriba, hasta encontrar la sabana en sus cabeceras; de este punto, por toda la línea curva que limita el bosque, hasta encontrar la quebrada de La Anguilla; ésta aguas abajo hasta su confluencia con la del Piñal; quebrada del Piñal aguas abajo hasta el punto donde abandona la sabana y vuelve hacia el Norte; de aquí siguiendo toda la curva que limita el bosque, hasta encontrar la quebrada del Venado; siguiendo el curso de ésta abajo, hasta encontrar la zanja del Helechal; zanja del Helechal arriba hasta encontrar la sabana; de este punto siguiendo la curva que limita el bosque, hasta encontrar la quebrada de Puyana, quebrada de Puyana aguas abajo, hasta su intersección en el camino, punto de partida del primer lindero';

IX. "El terreno que representa el plano número nueve, alinderado así: 'partiendo del punto de intersección de la quebrada de Gómez con el camino, siguiendo ésta aguas arriba, hasta donde entra a la sabana; de este punto siguiendo la curva que limita el bosque, hasta la cabecera oriental de la sabana; de aquí línea recta al punto donde corta el camino una zanja pequeña que está antes de la quebrada de Amaya, yendo hacia el lago; de este punto, otra línea recta a las cabeceras de la quebrada de Las Guacamayas; de este punto, en línea recta, en dirección Norte 46º 35' al Oeste, hasta la distancia de mil cuatrocientos cincuenta metros (1.450 mts.); de aquí otra línea recta a las cabeceras de la quebrada de La Ceiba; quebrada de La Ceiba aguas abajo, hasta su desembocadura en el río Paturia; siguiendo las aguas de éste hasta encontrar el camino, y éste en dirección hacia el lago, hasta la quebrada de Gómez, primer lindero';

X. "El terreno que expresa el plano número diez, por estos linderos: 'desde el punto de intersección de la quebrada de Alvarez en el camino de Paturia, siguiendo ésa aguas abajo hasta su confluencia con la de La Contraguas; ésta aguas abajo hasta el punto de Las Juntas, que es donde entran dos quebradas, una frente a la otra; de este punto una línea recta a la cabecera oriental de la sabana; de aquí línea recta a encontrar una zanja que atraviesa el camino antes de llegar a la quebrada de Amaya, en dirección al lago; de este punto, línea recta a a la cabecera de La Guacamaya, en el punto en donde se divide en dos zanjas iguales, y de aquí línea recta al primer paso de la quebrada de Alvarez punto de partida';

XI. "El terreno representado en el plano número once, por estos linderos: 'partiendo de la boca de la quebrada Sarmiento en el Río Paturia, ésta aguas arriba hasta sus cabeceras en el punto en donde se divide en dos zanjas, dejando en medio un morro redondo; de este punto una línea recta a la quebrada de Las Panelas, en el punto en donde se bifurca en dos quebradas iguales; quebrada de Las Panelas aguas abajo y atravesando el camino, hasta su embocadura en el río Paturia; éste aguas arriba, hasta la boca de la quebrada Sarmiento, primer lindero';

XII. "El terreno que expresa el plano número doce, alinderado así: 'partiendo de la boca de la quebrada de Las Panelas en el río Paturia, siguiendo el curso de la quebrada, aguas arriba, hasta sus cabeceras, de donde se continúa en línea recta en dirección Norte, hasta encontrar la quebrada de Los Ramírez; de este punto una línea recta en dirección Norte 51º 35' al Oeste, hasta una distancia de dos mil novecientos ochenta metros (2.980 mts.); de este punto al Sur, línea recta hasta encontrar las cabeceras de la quebrada de Los Dolores; ésta abajo hasta encontrar la primera quebrada pequeña que le entra a la izquierda; de este punto una línea recta en dirección Norte 78º 30' al Oeste, hasta la distancia de mil setecientos veinticinco metros (1.725 mts.); de aquí otra línea recta en dirección Oeste 10º 25' al Sur, hasta la distancia de novecientos treinta y cinco metros (935 mts.); de aquí otra recta a encontrar la quebrada de Los Jilgueros, en el punto en donde entra la primera quebrada, partiendo del camino aguas arriba; de este punto, quebrada de Los Jilgueros aguas abajo, hasta el punto marcado con la letra A, que dista cuatrocientos ochenta y cinco metros (485 mts.) en dirección Sur del paso de la quebrada en el camino; del punto de la quebrada volviendo en dirección Norte 52º 33' al Este,

hasta la distancia de cinco mil trescientos cincuenta metros (5.350 mts.); de aquí otra línea recta en dirección 14º 36' al Sur, hasta encontrar la quebrada de Los Dolores; ésta aguas abajo hasta su desembocadura en el río Paturia; de este punto de confluencia, una línea recta en dirección S. E., hasta la distancia de doscientos metros (200 mts.); de este punto otra línea recta en dirección Sur, hasta la distancia de tres mil metros (3.000 mts.); de aquí otra recta en dirección Este 10º 35' al Norte, hasta la distancia de dos mil cuatrocientos ocho metros (2.408 mts.), y de aquí otra línea recta, a la boca de la quebrada de Las Panelas, primer lindero';

XIII. "El terreno que expresa el plano número trece, por estos linderos: 'partiendo de la boca de la quebra (sic) de Los Jilgueros en el río Paturia, siguiendo el curso de ésta, aguas arriba, atravesando el camino, hasta el punto en donde dos zanjas forman un salto o cascada en sus cabeceras; de este punto se trazó una línea recta en dirección Norte 59º al Oeste, hasta la distancia de tres mil trescientos quince metros (3.315 mts.); de este punto, línea recta, en dirección Sur, hasta encontrar las cabeceras de la quebrada Alvarico; ésta, aguas abajo, atravesando el camino, hasta el punto en donde entra en un anegadizo, confundiéndose con él; de este punto, una línea recta en dirección Sur, pasando la línea por una meseta que está en medio del anegadizo, hasta encontrar el río Paturia; éste aguas abajo, hasta encontrar la boca de la quebrada Sogamosito; de la boca de ésta, línea recta en dirección Sur, hasta la distancia de mil quinientos metros (1.500 mts.); de este punto, línea recta en dirección Norte 77º 30' al Este, hasta la distancia de dos mil setecientos ochenta y seis metros (2.786 mts.); de la extremidad de esta línea, otra línea recta en dirección Norte, hasta la distancia de mil metros (1.000 mts.), y de este punto otra línea recta a la boca de la quebrada de Los Jilgueros, punto de partida del primer lindero';

XIV. "El terreno que indica el plano número catorce, por estos linderos: 'partiendo de las cabeceras de la quebrada Alvarico, ésta aguas abajo, atravesando el camino, hasta el punto en donde se pierde en un anegadizo; de este punto, línea recta al Sur, hasta el río Paturia; éste aguas abajo, hasta la segunda resaca grande que se encuentra en la banda Norte; de este punto, en línea recta al punto de intersección del camino con la quebrada de Enmedio; de aquí otra línea recta en dirección Norte 8º 15' al Este, hasta la distancia de novecientos cincuenta y cinco metros (955 mts.); de este punto en línea recta, en dirección Sur 70º 30' al Este, hasta la distancia de seiscientos diez metros (610 mts.), en cuyo punto se encuentra la quebrada de Navas, y de este punto, cortando en varias partes la quebrada de Navas, línea recta a las cabeceras de la quebrada de Alvarico, punto de partida del primer lindero';

XV. "El terreno que expresa el plano número quince, alinderado así: 'partiendo del punto de intersección de la quebrada de La Caña con el camino de Paturia, línea recta a la boca de la quebrada de Sogamosito en el río Paturia; éste aguas arriba hasta encontrar la primera resaca grande que hay en la banda Norte; de este punto, línea recta, al paso de la quebrada de Enmedio en el camino; de aquí otra línea recta en dirección Norte 8º 15' al Este, hasta la distancia de novecientos cincuenta y cinco metros (955 mts.); de aquí línea recta a la boca de la quebrada de La Caña; aguas arriba hasta encontrar el camino de Paturia, punto de partida del primer lindero';

XVI. "El terreno que expresa el plano número diez y seis, alinderado así: 'partiendo de la boca de la quebrada del Caño en el lago de Paturia, siguiendo toda la orilla de éste, al Oeste, hasta la boca de la quebrada del Champán; de este punto una línea recta en dirección Sur 50º al Este, hasta la distancia de seis mil cuatrocientos diez metros (6.410 mts.); de este punto, línea recta, a la boca de la quebrada Sogamosito; de aquí otra línea recta, al paso de la quebrada del Caño en el camino; quebrada del Caño aguas abajo, hasta su boca en el lago, punto de partida del primer lindero', y

"El globo de tierra denominado 'La Cantera', representado en este plano y alinderado así: 'del vértice de la punta del Champán, siguiendo la curva que limita el lago, hasta el vértice del Rincón de Los Patos, y de aquí una línea recta al primer lindero'.

"*Segunda.* Que la Nación no tiene derecho a ejecutar por sí directamente, ni por interpuesta persona nacional ni extranjera, ni a contratar con nadie, ni conceder a nadie, la exploración con taladros ni la explotación de los petróleos, hidrocarburos, gases naturales, y sustancias similares que se encuentren en el suelo o el subsuelo de los mencionados globos de tierra, ubicados y alinderados como se ha dicho;

"*Tercera.* Que deben suspenderse inmediatamente la tramitación y ejecución de cualesquiera de las propuestas pendientes o en ejecución sobre exploración y explotación de los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y sustancias simi-

lares que se encuentren o puedan encontrarse en el suelo y el subsuelo de los referidos lotes de terreno;

"*Cuarta.* Que son de propiedad particular de la comunidad formada actualmente por los herederos del adjudicatario Mr. Roberto Augusto Joy, o sus cesionarios o subrogatarios legales, los petróleos, los hidrocarburos, gases naturales y sustancias similares que se encuentren o puedan encontrarse en el suelo y el subsuelo de los prelimitados globos de terreno, cuya propiedad poseen los demandantes, proindiviso con otros herederos de aquel causante, y no está sujeta a ningún trámite o actuaciones administrativas ni judiciales ulteriores, caso de presentarse nuevas propuestas sobre la exploración y explotación de los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y sustancias similares que allí se encuentren o puedan encontrarse".

Son hechos en los cuales la parte actora apoya su demanda los siguientes:

"*Primero.* Por resolución de 20 de julio de 1872 del Gobierno del Estado Soberano de Santander, aprobada por el Decreto número 314 de 19 de septiembre ibídem de la Secretaría de Hacienda del Gobierno Federal de la Unión, fue adjudicado y dado en posesión al súbdito inglés Mr. Roberto Augusto Joy, el dominio pleno de los lotes de terreno a que se contrae la súplica 'Primera' de esta demanda.

"*Segundo.* La Resolución de la adjudicación y diligencia de posesión y el Decreto memorado, fueron protocolizados por la escritura pública número 67 de 28 de diciembre de 1874, pasada por ante el Alcalde-Juez del Distrito de Lebrija y su Secretario, en ejercicio de las funciones de Notario, que en copia auténtica debidamente registrada, se acompaña a esta demanda.

"*Tercero.* Por la escritura pública número 421 de 27 de marzo de 1886, otorgada ante el Notario Tercero de Bogotá, el señor Roberto Augusto Joy, declaró que 'cede y traspasa a la señora Patrocinio Lizarralde por haber solicitado la adjudicación en su nombre, el lote número dos (2) de los comprendidos en la resolución de 20 de julio de 1872 del Estado Soberano de Santander y el Decreto 314 de 19 de septiembre del mismo año de la Secretaría de Hacienda del Gobierno Federal de la Unión, por los linderos allí determinados' como aparece del Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bucaramanga, que se adjunta. (En dicho Certificado se dice que cede el lote número 'Cinco', pero los linderos que le asignan se advierte que el cedido fue el lote número dos (II).

"*Cuarto.* El adjudicatario Roberto Augusto Joy, falleció bajo testamento, en Barranquilla, el 11 de noviembre de 1894, y su causa mortuoria acumulada a la de sus hijos Wilson Francisco Joy, y Ana María de las Mercedes Joy de Crane, fue liquidada ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, como aparece de la copia auténtica de la escritura número 2721 de 15 de diciembre de 1924 de la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, que se acompaña a esta demanda en copia auténtica, debidamente registrada en la Oficina de Registro del circuito de Girón, el 23 de octubre de 1925, a la partida 249, folios 281 a 294 del Libro de Registro número primero (archivo de Girón), y el 15 de marzo de 1925, a la partida número tres folio 9 del Libro de Causas Mortuorias, Tomo Unico (archivo de Girón).

"*Quinto.* Consta de la diligencia de partición de las sucesiones acumuladas de Roberto Augusto Joy y de sus nombrados hijos, que los lotes de terreno adjudicados al primero de ellos por los memorados resolución del Estado Soberano de Santander y Decreto Ejecutivo del Gobierno Federal de la Unión, fueron partidos numéricamente y adjudicados por cuotas proindiviso a los siguientes herederos: Josefa Micaela Tatis (1), May Neeves de Joy (2), Malcon Francisco Joy (3), Pablo E. Joy (4), William S. Crane (5), Emilia Anne Jessie Joy de Carr (6), Victoria Cristina Anna Joy de Carr (7), Roberto Augusto Joy, Fawler (8), Eunice Augusta Regina Dehler de Goller (9), Ana María Elsia Dehler de Hiekel (10), Peter Petersen (11), Dolores Petersen de Padgett (12), Ana Petersen de Wendeking (13), Harriett Petersen de González (14), Henry Worgan Marshall (15), Donald Mac Gregor Marshall (16), Alice Joy Marshall (17). (Puntos 6 y 7 del Certificado).

"*Sexto.* La cuota hereditaria del heredero Roberto Augusto Joy Fowler se transmitió por causa de su muerte a su madre Kate o (Catrina) Fawler de Muller, según hijuela de que da fe la escritura pública número 1612 de 26 de diciembre de 1928 de la Notaría Primera de Bucaramanga, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de aquél y que en copia auténtica debidamente registrada presento con la demanda. (Punto 11 del Certificado).

"*Séptimo.* Kate Fawler de Muller vendió a Charles Víctor Muller, a Eleanor Adeline Emily Muller, a Edith Adela Muller y a Helen Muller de Glibbery, el derecho de dominio proindiviso que adquirió por herencia de su finado hijo Roberto Augusto Joy Fowler, como se dice en el

hecho inmediatamente anterior de esta demanda, y según aparece de la copia auténtica de la escritura pública número 1999, del protocolo de la Notaría Tercera de Bogotá, correspondiente al año de 1939, que debidamente registrada se adjunta a la demanda. (Punto 12 del Certificado).

"*Octavo.* Ana Jessie Mac Gregor Joy de Carr, vendió a Roberto Edgar Carr, a Launcelet Mac Gregor Carr, a Oswal Gilly Carr, a Rosalie Emily Victoria Carr de Botler y a Aline Carr, el derecho de dominio proindiviso habido por herencia de su finado padre Roberto Augusto Joy, como se dice en la copia auténtica de la citada escritura pública número 1999 de 3 de octubre de 1939, del protocolo de la Notaría Tercera de Bogotá, que con las constancias de sus registros se acompaña a la demanda (Punto 15 del Certificado).

"*Noveno.* Helena Mariana Elsia Dehler de Hiekel, vendió a Walter Anton Robert Karl Hiekel, a Anne María Gabriele Dolores de Hiekel de Yoroschka, a Lotte Marianne Hiekel de Reichmann y a Ilse Lotte Laura Hiekel de Conrad, sus derechos proindivisos que correspondieron a la vendedora por herencia de su finado padre Roberto Augusto Joy, según aparece de la misma escritura pública número 1999 de 3 de octubre de 1939 del protocolo de la Notaría Tercera de Bogotá, que en copia auténtica, con anotación de sus registros, se adjunta a este libelo. (Punto 31 del Certificado).

"*Décimo.* El derecho proindiviso en los tantas veces nombrados globos de terreno que fue adjudicado a William S. Crane en las sucesiones acumuladas de Roberto Augusto Joy, Wilson Francisco y Ana María de las Mercedes Joy de Crane, fue transmitido por herencia testamentaria de aquél a la señorita Katherine E. Crane, según da fe la copia auténtica de la escritura pública número 2117 del protocolo de 1930 de la Notaría Primera de Bogotá, que debidamente registrada se anexa a la demanda. (Punto 13 del Certificado).

"*Undécimo.* La cuota proindiviso que en los juicios de sucesión acumulados de Roberto Augusto Joy, Wilson Francisco Joy y Ana María de las Mercedes Joy de Crane, fue adjudicada a Carlos E. Joy, se transmitió por herencia a sus herederos Paul M. Joy y Malcom Francisco Joy, en la proporción que indica la escritura pública número 346 del protocolo de 1939 de la Notaría Tercera de Bogotá, que en copia auténtica con sus correspondientes notas de registro se presenta con la demanda. (Punto 33 del Certificado).

"*Duodécimo.* La adjudicataria Josefa Micaela Tatis vendió a Magdalena Isabel Collante las cuotas que se determinan en la escritura pública número 2816 de 31 de diciembre de 1924 de la Notaría Segunda del circuito de Barranquilla de los lotes que a la vendedora fueron adjudicados en la partición de los bienes de las sucesiones acumuladas de Roberto Augusto Joy, Wilson Francisco Joy y Ana María de las Mercedes de Crane, según la escritura pública número 2721 de 15 de diciembre de 1924 de la Notaría Segunda de Barranquilla, títulos auténticos que se adjuntan debidamente registrados a esta demanda. (Punto 9 del Certificado).

"*Décimotercero.* Magdalena Isabel Collante vendió a Enrique Vélez, a Sebastiana de la Rosa de Vélez y Aura de la Rosa por la escritura pública número 1529 de 7 de septiembre de 1943 de la Notaría Tercera del circuito de Barranquilla, que en copia auténtica y registrada se adjunta a la demanda, los derechos de dominio proindiviso, que había adquirido por la precitada escritura pública número 2816 de 31 de diciembre de 1924 de la Notaría Segunda de Barranquilla, que se relaciona en el punto inmediatamente anterior. (Punto 34 del Certificado).

"*Décimocuarto.* Por la escritura pública número 2817 de 31 de diciembre de 1924 de la Notaría Segunda de Barranquilla, que debidamente registrada se acompaña a la demanda, Josefa Micaela Tatis, vendió y dio en pago a Juan Pablo Manotas las hectáreas que se determinan en dicha escritura, que hacían parte de las que a la tradente le fueron adjudicadas en la partición de que hace mérito la escritura pública número 2721 de 15 de diciembre de 1924, de la Notaría Segunda de Barranquilla. (Punto 10 del Certificado).

"*Décimoquinto.* En ejercicio del derecho de dominio que a los herederos de tales causantes fue transferido por los mentados actos de partición y adjudicación de los bienes y las compraventas relacionados, de que dan fe las escrituras públicas de que se ha hecho referencia, los poseedores legales de esos bienes, los dieron en arrendamiento a la sociedad anónima domiciliada en Londres, Inglaterra, denominada Libitos Oilfields Limited, por la escritura pública número 459 de 30 de abril de 1930, del protocolo de la Notaría Tercera de Bogotá. (Punto 38 del Certificado).

"*Décimosexto.* Por medio de la escritura pública número 512 de 20 de mayo de 1931, de la Notaría Tercera de Bogotá, que en copia auténtica y registrada acompaño a esta demanda,

la sociedad arrendataria Libitos Oifields Limited haciendo uso de la facultad que se otorgó en la cláusula décimaquinta de la escritura número 459 precitada, cedió y traspasó el expresado contrato de arrendamiento a la sociedad anónima denominada South American Gulf Oil Company constituída de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norte América, legalmente incorporada en Colombia. (Punto 6 del Certificado).

"*Décimoséptimo.* Por el punto 'sexto' de la escritura pública número 280 del protocolo de 1940 de la Notaría Segunda del circuito de Bogotá, que en copia auténtica, legalmente registrada presento con esta demanda, el apoderado general de la sociedad subarrendataria South American Gulf Oil Company, declaró total y definitivamente terminado el contrato de arrendamiento que había sido cedido a esta compañía como dícese en el punto inmediatamente anterior de esta demanda, según aparece del certificado adicional del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bucaramanga que se anexa a la demanda.

"*Décimooctavo.* Los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y sustancias similares existentes en el suelo o subsuelo de los lotes o globos de terreno a que dicen relación la Resolución de 20 de julio de 1872 del Estado Soberano de Santander y el Decreto número 314 de 19 de septiembre del mismo año del Gobierno Federal de la Unión Colombiana, salieron legal y definitivamente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, y la Nación no los ha recuperado por nulidad, caducidad, resolución o cualquiera otra causa legal que enerve esas providencias.

"*Décimonoveno.* Son aledañas a la Antigua Concesión de Mares los lotes o globos de terreno que fueron adjudicados a Roberto Augusto Joy, por las tantas veces nombrada resolución de 20 de julio de 1872 del Estado Soberano de Santander y Decreto 314 de 19 de septiembre del mismo año de la Secretaría de Hacienda del Gobierno Federal de la Unión Colombiana.

"*Vigésimo.* Por el artículo 1º inciso 2º del Decreto legislativo 2390 de 1955, se concedió a los propietarios del petróleo existente en las zonas aledañas a la antigua Concesión de Mares, un término de dos años, contados desde el 19 de septiembre de este mismo año, para demandar a la Nación en juicio ordinario de única instancia y ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para el reconocimiento de su derecho.

"*Vigésimoprimero.* Conforme a la hijuela, certificado del Registrador y demás títulos que se acompañan, los demandantes son y se consideran propietarios legales con otros herederos y subrogatarios en la proporción allí indicada de los derechos de Roberto Augusto Joy, en los petróleos existentes en las zonas de terreno aledañas a la Antigua Concesión de Mares que se determina en la súplica 'Primera' de la demanda.

"*Vigésimosegundo.* El adjudicatario o concesionario de los prelimitados globos o lotes de terreno don Roberto Augusto Joy, estuvo en posesión material, real y efectiva de ellos hasta su muerte en 1894 transmitiéndolos por esta causa a sus herederos, quienes han continuado ejecutando allí actos a que solo da derecho el dominio, como dándolos en arrendamiento, pagando los impuestos que los gravan, transmitiéndo a su vez, por causa de muerte, sus respectivas cuotas a sus correspondientes herederos, y otros de igual significación jurídica".

En derecho invoca las diposiciones legales contenidas en el artículo 30 de la Constitución Nacional, el artículo 5º del Decreto extraordinario 1056 de 1953, los artículos 673 y 1155 del Código Civil, el artículo 1º del Decreto extraordinario 2390 de 1955 y 5º de la Ley 165 de 1948.

El 31 de agosto de 1957 el abogado Arturo Tapias Pilonieta, en representación de Carmen Silva de Vesga Tristancho, Lucila Silva de Rodríguez, Leonor Silva de Ordóñez, Eugenia Silva de Arenas, Eugenio Parra Ribero, Carmenza Barrera de Olarte, María Barrera Parra de Bónitto, Luis Barrera Mutis, Fidel Antonio Cuéllar Barrera, Leonor Cuéllar Barrera, Saulo Barrera Parra, Alonso Barrera Parra, Mario Barrera Parra, Carlos Sánchez Mutis, Rita Barrera Parra, Sofía Barrera Parra, Sara Barrera Parra de Serrano, Eugenia Barrera Parra Ribero de González, Gabriel Parra Ribero, quien a su vez obra en representación de Berta Parra de Gómez, María Victoria Parra de Barrera, Gabriel Parra Ribero, todos mayores de edad y domiciliados en diferentes lugares del país, demandó a la Nación, representada por el Procurador, para que por el trámite de un juicio ordinario de única instancia se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera. Que salieron legal y definitivamente del patrimonio del Estado Colombiano, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, los petróleos, hidrocarburos, los gases y sustancias similares que se encuentren o puedan encontrarse en el suelo y especialmente el subsuelo del globo

de terreno denominado 'San Antonio', ubicado en la región de La Payoa del Sogamoso, de la jurisdicción municipal de Lebrija (Santander), adjudicado junto con otros a Roberto Augusto Joy, según resolución dictada por el gobierno del Estado Soberano de Santander en fecha 20 de julio de 1872, aprobada por el gobierno Federal de la Unión por Decreto 314 de 19 de septiembre del mismo año, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'partiendo de la confluencia de las quebradas de La Morena y La Payoa del Sogamoso, siguiendo el curso de ésta última, aguas arriba hasta la confluencia con la quebrada del Jegenal; de este punto en línea recta a la unión de las quebradas de la Guadina y de La Laja; éstas aguas abajo y atravesando el camino hasta la boca de la quebrada de El Consuelo; de este punto en línea recta hasta las cabeceras de la quebrada La Morena, y ésta aguas abajo hasta el punto de partida del primer lindero'.

"Segunda. Que la Nación no tiene derecho a explorar ni explotar directamente ni por interpuesta persona, natural o jurídica, los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y demás sustancias similares que se encuentren en el suelo o en el subsuelo del mencionado globo de terreno, ubicado y alinderado como se expresa en la petición anterior; como tampoco puede contratar con ninguna persona natural o jurídica ni conceder a nadie la exploración con taladro ni la explotación de esas sustancias.

"Tercera. Que deben suspenderse inmediatamente la tramitación y ejecución de cualesquiera de las propuestas pendientes o en ejecución sobre exploración y explotación de los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y sustancias similares y que se encuentren en el suelo o el subsuelo del mencionado glbo (sic) de tierra de 'San Antonio'.

"Cuarta. Que son de propiedad particular de la Comunidad formada por mis poderdantes citados, como sucesores de Patrocinio Lizarralde, cesionaria de Roberto Augusto Joy, y en la proporción o cantidad que expresan sus títulos, los petróleos, los hidrocarburos, los gases naturales y demás sustancias similares que se encuentren o puedan encontrarse en el suelo y el subsuelo del terreno de 'San Antonio' determinado en la petición *primera* de esta demanda".

Son hechos los siguientes:

"1º Por resoluciones de 20 de julio de 1872 del Gobierno del Estado Soberano de Santander, aprobadas por el Decreto número 314 de 19 de septiembre de ese mismo año, de la Secretaría de Hacienda del Gobierno Federal de la Unión, fue adjudicado y entregado en posesión al súbdito inglés Mr. Roberto Augusto Joy, junto con otros lotes de terreno, el lote denominado 'San Antonio' a que se refiere la petición *'primera'* de esta demanda.

"2º La resolución de adjudicación, el Decreto aprobatorio memorado y el acta de posesión, fueron protocolizados por medio de la escritura pública número 67 de 28 de diciembre de 1874, pasada por ante el Alcalde-Juez del Distrito de Lebrija y su Secretario, en ejercicio de las funciones de Notario, que oportunamente se llevará al juicio en copia registrada.

"3º Por la escritura pública número 421 de 27 de marzo de 1886, otorgada ante el Notario Tercero de Bogotá, el señor Roberto Augusto Joy declaró que 'cede y traspasa a la señora Patrocinio Lizarralde, por haber solicitado la adjudicación en su nombre, el lote número dos (2) de los comprendidos en la resolución de 20 de julio de 1872, del Estado Soberano de Santander y el Decreto 314 de 19 de septiembre del mismo año de la Secretaría de Hacienda del Gobierno Federal de la Unión', por los linderos allí determinados que corresponde exactamente a los que se expresan en la petición 'primera' de esta demanda. (Se adjuntan la copia notarial registrada debidamente de la escritura pública número 421 de 27 de marzo de 1886, de la Notaría 3ª del circuito de Bogotá, registrada el 13 de mayo del año siguiente en Bucaramanga complementada en lo pertinente con la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bucaramanga, Resolución 2163-11, de 29 de marzo de 1955, adicionada hasta el 10 de agosto del presente año).

"4º La cesionaria del terreno de 'San Antonio' de que se viene hablando, señora Patrocinio Lizarralde, falleció y en su causa mortuoria intestada que se tramitó en el Juzgado 2º del circuito de San Gil y se protocolizó mediante la escritura pública número 7 de 14 de enero de 1922, otorgada ante el Notario Primero de San Gil, se distribuyó y adjudicó el referido terreno de 'San Antonio', en proporción de una cuarta (1/4) parte para la heredera María Parra de Barrera y tres cuartas partes (3/4) para el heredero señor Carlos D. Parra [por el valor de su legítimo (sic) como hijo de la causante y como cesionario de los derechos de los coherederos Eugenia y Mercedes Parra]. La escritura de protocolización número 7 de 14 de enero de 1922, de la Notaría Primera de San Gil y las adjudicaciones precitadas fueron registradas primero en la oficina de Girón, el

8 de septiembre de 1926, a la partida 103 del Libro Segundo, y luego en la oficina de Registro de Bucaramanga el 9 de junio de 1937, a la partida 10, folio 172 del Libro de Causas Mortuorias, porque a la sazón ya no existía la oficina de Girón.

"5º En efecto, por escritura número 518 de 20 de septiembre de 1905, de la Notaría del Circuito de San Gil (única entonces), registrada en la oficina de Girón (que de nuevo funcionaba) el 29 de mayo de 1920, a la partida 221 del Libro Primero, los esposos Juan de Dios Silva Silva y Eugenia Parra de Silva, autorizada ésta por aquél, vendieron a Mercedes Parra Lizarralde los derechos y acciones que les correspondieran en la sucesión de Patrocinio Lizarralde de Parra. Y por escritura número 132 de 3 de mayo de 1920, de la Notaría Segunda del circuito de San Gil, registrada en la oficina de Girón el 8 del mismo mes, a la partida 200 del Libro Primero, la citada heredera Mercedes Parra Lizarralde vendió a Carlos D. Parra la mitad del terreno de 'San Antonio'. [Véanse los puntos c) y ch) del Certiricado (sic) del Registrador de Bucaramanga].

"6º El señor Carlos D. Parra transfirió posteriormente a favor de Gustavo Silva Parra una cuota equivalente a dos octavas partes (2/8) del referido terreno de 'San Antonio', sobre las cinco octavas (5/8) que el vendedor dijo tener en común y proindiviso con la señora María Parra de Barrera, su hermana. Esta cesión a favor de Gustavo Silva Parra se perfeccionó mediante la escritura pública número 315 de 14 de octubre de 1926, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de San Gil, que se adjunta en copia registrada.

"7º Por escritura número 1196 de 2 de septiembre de 1922, de la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga, registrada en la oficina de Girón el 24 del mismo mes, a la partida 163 del libro primero, Carlos D. Parra vendió a Antonio Barrera una octava parte (1/8) del predio de 'San Antonio'.

"8º Luego falleció el señor Carlos D. Parra y su causa mortuoria fue protocolizada mediante la escritura pública número 224 de 1º de julio de 1934, de la Notaría Primera del Circuito de San Gil, cuya partición fue aprobada por sentencia de fecha 11 de octubre de 1933. Fueron reconocidos como interesados y adjudicatarios su esposa legítima señora Victoria Ribero de Parra y sus hijos legítimos habidos en ella, llamados Eugenio, Gabriel, Isabel, Eugenia, María Victoria y Berta Ribero Parra. A la viuda Victoria Ribero v. de Parra se le adjudicó una cuota equivalente a cuatro décimas (4/10) partes del predio rural de 'San Antonio' y a cada uno de los seis hijos una décima (1/10) parte del mismo inmueble, como si hubiera sido todo del causante. Las precitadas adjudicaciones quedaron registradas en la oficina del circuito de San Gil el 30 de octubre de 1936, bajo partida número 290 del Libro Segundo, folios 87 a 87 vuelto. Se adjunta copia de la escritura número 224 citada.

"9º La señora Victoria Ribero de Parra falleció y su causa mortuoria fue protocolizada mediante la escritura pública número 297 de fecha 8 de septiembre de 1938, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de San Gil. En la partición, aprobada por sentencia de fecha 31 de agosto de 1931, se adjudicó a sus herederos Eugenio Parra R., Gabriel Parra R., Eugenia Parra de González, María Victoria Parra de Barrera, Isabel Parra R. y Bertha Parra R., en común y proindiviso y por iguales partes, un derecho equivalente a cuatro décimos (4/10) de tres octavos (3/8), vinculado al predio llamado 'San Antonio'. Estas hijuelas quedaron registradas en la oficina del Circuito de San Gil el 31 de octubre de 1956, en el Libro Segundo, Tomo Segundo, folios 87 a 89, partida número 291. Se adjunta la precitada escritura número 297.

"10º El cesionario parcial Gustavo Silva Parra falleció y su causa mortuoria fue tramitada en el Juzgado Civil del Circuito de San Gil y fenecida mediante sentencia aprobatoria de la partición de fecha 11 de marzo de 1941, ejecutoriada por auto de fecha 1º de abril del mismo año. En la correspondiente partición fueron adjudicados sus derechos, dos octavos (2/8) vinculados al lote de 'San Antonio', a su cónyuge Margarita Vargas v. de Silva y a sus hijos legítimos María del Carmen, Eugenia, Lucila y Leonor Silva Vargas, en proporción a su vocación hereditaria, así: para la cónyuge sobreviviente Margarita, un derecho por valor de $ 338.20 sobre un avalúo de $ 600.00 dado a dichas dos terceras partes; y para cada uno de los cuatro hijos citados, un derecho equivalente a $ 65.45 en relación con el mismo avalúo de $ 600.00 sobre las dos octavas (2/8) partes del predio de 'San Antonio' que hasta entonces se hallaban en común y proindiviso con las cuotas pertenecientes a los herederos de Carlos D. Parra y las de propiedad de la señora María Parra de Barrera, según la relación anterior. Estas hijuelas quedaron registradas en la oficina de Bucaramanga, el 24 de octubre de 1956, partida 460, folio 35, Libro Segundo; y el 2 de noviembre

de 1956, en el Libro Segundo, folios 91 a 92. Se acompaña la citada escritura número 193.

"11º Falleció la señora Margarita Vargas de Silva, viuda como se dejó expresado del cesionario Gustavo Silva Parra, y su causa mortuoria fue tramitada en el Juzgado Civil del Circuito de San Gil y fenecida por sentencia aprobatoria de la partición de fecha 24 de mayo de 1949, y protocolizada en la Notaría Primera del Circuito de San Gil por medio de la escritura pública número 159 del 16 de julio de 1949. En la correspondiente distribución y adjudicación correspondió a las herederas Carmen Silva de Vesga Tristancho, Eugenia Silva de Arenas, Lucila Silva de Rodríguez y Leonor Silva de Ordóñez la mitad (1/2) de las dos octavas (2/8) partes que correspondían a la causante sobre el predio de 'San Antonio', en proporción *ad valorem* de $ 75.00 para cada una, en relación con un avalúo de $ 300.00 dado a dicha mitad de las dos octavas del referido fundo. Estas hijuelas quedaron registradas en Bucaramanga, el 8 de marzo de 1955 en el Libro de Causas Mortuorias, partida 16, folio 236 del Tomo 1º; y en la misma fecha, partida 67, folio 88 del Libro Segundo. Se acompaña la copia de la escritura número 159.

"12º Falleció la señorita Isabel Parra Ribero y su causa mortuoria se siguió en el Juzgado Civil del Circuito de San Gil y fue terminada por sentencia aprobatoria de fecha 2 de mayo de 1953 que se declaró ejecutoriada por auto de fecha 5 de mayo de 1953. En dicha causa fueron reconocidos como interesados los señores Eugenio, Gabriel, Ana Eugenia, María Victoria y Berta Parra Ribero, a cada uno de los cuales se adjudicó una cuota por valor de veinte pesos ($ 20.00) en relación una sexta parte (1/6) de tres octavos (3/8) proindiviso en el predio de 'San Atnonio'. Estas hijuelas quedaron registradas en San Gil el 30 de octubre de 1956, en los libros Primero y Segundo, partidas 555 y 292, tomos 3º y 2º, respectivamente; y en Bucaramanga el 13 de junio de 1947, en el Libro de Causas Mortuorias, partida 45, folio 169 y de nuevo en el Libro Primero. Se acompañan dos copias de estas hijuelas contenidas en la escritura 343.

"13º Por último el juicio de sucesión del señor Antonio Barrera Forero fue protocolizado mediante la escritura pública número 2294 extendida el 6 de agosto de 1946 en la Notaría segunda de Bucaramanga. Aparece de ese instrumento público que el juzgado del conocimiento, reconoció como herederos e interesados en la sucesión a los hijos legítimos sobrevivientes, a saber: Saulo, Alonso, María Rita, Sofía, Antonio José, Mario, Manuel y Sara Barrera Parra; y a María del Carmen o Carmenza Barrera Mutis, Fidel Antonio y Leonor Cuéllar Barrera, estos cinco en representación de sus padres extintos, Jaime Barrera Parra y Eugenia Barrera de Cuéllar. A cada uno de los herederos directos primeramente citados se les adjudicó una cuota por valor de nueve pesos con nueve centavos ($ 9.09) en relación con el avalúo de $ 100.00 en que fueron avaluados los derechos del causante, representativos de tres octavas partes (3/8) del terreno de 'San Antonio'. A los 5 Barrera Mutis y Barrera Cuéllar les debió corresponde (sic) también, en conjunto, el resto del valor del derecho equivalente a $ 18.18, puesto que entre los primeros se distribuyó la suma de $ 81.81 de los $ 100.00 del avalúo. La copia debidamente registrada de la escritura de protocolización número 2994 precitada, se presentará oportunamente.

"14º Además, constan en la Certificación del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bucaramanga que se adjuntan, los *dos hechos* siguientes: 'a) Que el juicio de sucesión —inventario adicional— por causa de muerte de Gustavo Silva Parra, a que se refiere el punto j) de 4 de junio de 1941, de la Notaría Primera del Circuito de San Gil, registrada en esta oficina de Bucaramanga el 24 de octubre de 1956, a la partida 460 del libro segundo, tomo 2º, Prot.

'b) Que en el juicio de sucesión por causa de muerte de Isabel Parra Ribero, decidido en el Juzgado Civil del Circuito de San Gil, les fue adjudicada por partes iguales a sus hermanos herederos legítimos Eugenio, Gabriel, Ana Eugenia, María Victoria y Bertha Parra Ribero, la sexta parte que a la causante correspondía en tres octavos de los terrenos —predio inculto denominado 'San Antonio', de 546 hectáreas— objeto del certificado que se adiciona, sexta parte que la nombrada Isabel Parra Ribero había adquirido en las sucesiones de Carlos D. Parra y Victoria Ribero v. de Parra, relacionadas en los puntos g) y h) de aquel certificado.

'La precitada adjudicación hecha a Eugenio, Gabriel, Ana Eugenia, María Victoria y Bertha Parra Riberto fue registrada en esta oficina, en vista de la copia notarial, el 13 de junio de 1957, a la partida 45, folio 169, del libro de causas mortuorias, tomo 2º.

'El respectivo juicio fue protocolizado bajo escritura número 343 de 24 de junio de 1953, de la Notaría segunda del circuito de San Gil registrada aquí en Bucaramanga el 14 de junio

de 1957, bajo partida 275 del libro segundo, tomo 1º Prot.'.

"15º Los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y sustancias similares existentes en el suelo o subsuelo de los lotes o globos de terreno a que dice relación la resolución de 20 de julio de 1872 del Estado Soberano de Santander y el Decreto número 314 de 19 de septiembre del mismo año del Gobierno Federal de la Unión Colombiana, salieron legal y definitivamente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, y la Nación no los ha recuperado por nulidad, caducidad, resolución o cualquiera otra causa legal que enerve esas providencias.

"16º Son aledañas a la Antigua Concesión de Mares los lotes o globos de terreno que fueron adjudicados a Roberto Augusto Joy, por las tantas veces nombradas resolución de 20 de julio de 1872 del Estado Soberano de Santander y Decreto 314 de 19 de septiembre del mismo año de la Secretaría de Hacienda del Gobierno Federal de la Unión Colombiana.

"17º Por el artículo 1º inciso 2º del Decreto legislativo 2390 de 1955, se concedió a los propietarios del petróleo existente en las zonas aledañas a la Antigua Concesión de Mares, un término de dos años, contados desde el 9 de septiembre de este mismo año, para demandar a la Nación en juicio ordinario de única instancia y ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para el reconocimiento de su derecho.

"18º Conforme a las hijuelas, certificado del Registrador y demás títulos que se acompañan, los demandantes son y se consideran propietarios legales con otros herederos y subrogatarios de los derechos de Patrocinio Lizarralde en los petróleos existentes en las zonas de terreno aledañas a la antigua Concesión de Mares, que se determina en la súplica 'primera' de la demanda, bajo el nombre de 'San Antonio'.

"19º El adjudicatario o concesionario del prelimitado globo o lote de terreno, don Roberto Augusto Joy, estuvo en posesión material, real y efectiva de él hasta la transferencia del mismo a Patrocinio Lizarralde por medio de la escritura número 421 de 27 de marzo de 1886 y sus herederos, causahabientes y cesionarios posteriores han continuado ejecutando allí actos a que solo da derecho el dominio, como dándolos en arrendamiento, pagando los impuestos que los gravan, transmitiéndolos a su vez, por causa de muerte, sus respectivas cuotas a sus correspondientes herederos, y otros de igual significación jurídica, hasta radicarse el dominio pleno en cabeza de los actuales demandantes indicados en la petición 4ª de esta demanda".

En derecho invocan lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Nacional; 5º del Decreto extraordinario 1056 de 1955; 673 y 1155 del Código Civil; 1º del Decreto legislativo 2390 de 1955, y 5º de la Ley 165 de 1948 y demás disposiciones concordantes.

Con oposición de la Nación, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, los dos juicios acumulados fueron tramitados conjuntamente hasta quedar en estado de recibir la sentencia respectiva, para proferir la cual la Sala cree conducente hacer las siguientes consideraciones:

1) LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

Versa la acción sobre la propiedad privada del petróleo en inmuebles situados, en concepto de los demandantes, en la zona aledaña a la Concesión de Mares, para cuyo ejercicio el inciso 2º *in fine* del artículo 1º del Decreto extraordinario 2390 de 1955 señala un término perentorio de dos años, a partir de la vigencia de ese estatuto, so pena de caducidad; conclusión, la de que el subsuelo petrolífero se halla situado dentro de aquella zona aledaña, a que llega la parte actora razonando sobre la inaplicabilidad al caso de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto número 1070 de 1953, reglamentario de la Ley 165 de 1948, en cuanto establece una excepción que excede el contenido de la regla superior. Es decir, que propone, respecto de la disposición exceptiva, el recurso o excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Codificación Constitucional.

a) *Alegato de la parte actora*

Dice así, a este propósito, el señor apoderado judicial de la parte demandante en su alegato de conclusión:

"Es jurídicamente inexacta la afirmación que hace el gobierno por medio del secretario del Ministerio de Minas, en los dos certificados transcritos, de que por haber sido admitidas las propuestas de los contratos celebrados con anterioridad al Decreto 1070 de 1953 los terrenos respectivos dejaron de hacer parte de las zonas aledañas de la Concesión de Mares, de que trata el citado Decreto y el número 2390 de 1955; afirmación que le da base a ese funcionario para formular las demás afirmaciones del segundo certificado transcrito, consistentes en que los tér-

minos de la oposición a esas propuestas y de las acciones ordinarias respectivas vencieron antes de la promoción del presente juicio (...).

"Fue el artículo 5º de la Ley 165 de 1948 el que estableció la reserva de las zonas aledañas a la Concesión, destinándolas exclusivamente a ser objeto de contratos de exploración y explotación de petróleos con la empresa semioficial que se fundase de conformidad con la misma ley.

"(...) El artículo consagra en la práctica una limitación en las facultades del gobierno consistente en que sea la nueva empresa que se funde, la que contractualmente se encargue de la administración de la concesión y de la explotación de los campos petrolíferos aledaños. De manera que esos campos aledaños de la Concesión de Mares, que revertió al Estado en el año de 1950, quedaron comprendidos en la reserva, y desde ese momento fuera de la libre contratación por parte del gobierno, porque la voluntad del congreso se manifestó en el sentido de que debía ser la nueva empresa, que iba a hacerse cargo de la Concesión de Mares, la que tuviese la oportunidad de explotar los campos petrolíferos adyacentes a esa concesión, anticipándose así la ley a colocar a esa empresa en posición preferente a las demás compañías particulares.

"Si la disposición legal se interpretase de modo distinto a la consagración de una prohibición al gobierno para contratar, éste también habría quedado en libertad de prescindir de los servicios de la nueva empresa en lo relacionado con la administración misma de la Concesión, buscando el contrato con cualquiera otra compañía particular, con lo cual se hubiera frustrado el patriótico empeño nacionalista representado en la Ley 165 de 1948.

"El Decreto 1070 de 1953 en que se funda el gobierno es de carácter simplemente reglamentario. No podía disponer nada en contradicción con la ley. La reserva estaba consagrada claramente en la disposición sustantiva. De manera que cuando el estatuto reglamentario después de fijar como límite de las zonas aledañas las comprendidas entre los límites de la Concesión de Mares y una línea paralela circundante situada a una distancia de 35 kilómetros de aquellos linderos, excluye de esa zona 'los terrenos que forman parte de contratos vigentes de exploración y explotación de petróleos o de propuestas admitidas con anterioridad a la vigencia de este decreto', está preceptuando contra la ley que no previó exclusiones de ninguna clase dentro de los que vinieran a ser los límites de la Concesión.

"Expedida la ley, todas las zonas que pudieran considerarse aledañas quedaron congeladas y por ende fuera de la libre contratación. Es cierto que la ley no señaló el límite de esas zonas. Pero ello únicamente le dio poder al gobierno para fijarlo, es decir para facilitar la aplicación de la ley diciendo cuál era la anchura de esas zonas en toda su extensión circundante a la Concesión. Mas en manera alguna el reglamento pudo hacer exclusiones dentro de la anchura señalada, porque a pretexto de exclusiones se abría el camino para sustraer grandes áreas de las zonas aledañas, o la totalidad de éstas, restándole así operancia a los designios del legislador.

"Siendo ésto así, el decreto, en cuanto cercena de las zonas aledañas las áreas comprendidas por contratos de exploración y explotación de petróleos o de propuestas admitidas con anterioridad a la ley, es francamente inconstitucional. Fue voluntad del legislador que todo el territorio que se comprendiera dentro del área de las zonas aledañas se reservara para contratos con la nueva empresa que se estableció según lo previsto, bajo el nombre de Empresa Colombiana de Petróleos".

b) *Alegato del Procurador*

El señor Procurador delegado en lo civil, por su parte, impugna así, en su alegato de conclusión, los argumentos del actor:

"(...) La Ley 165 de 1948 que autorizó al gobierno para promover la organización de una empresa colombiana de petróleos, lo facultó asimismo para contratar con dicha empresa la concesión del servicio público consistente en la administración y explotación de los campos petrolíferos, oleoductos, etc., que reviertan al Estado de acuerdo con los contratos y las leyes vigentes sobre petróleos, y la exploración y administración de las zonas aledañas a dichas concesiones revertidas.

"Pero tales zonas aledañas no fueron delimitadas por la ley, y entonces el ejecutivo, en uso de la potestad reglamentaria que le es propia, dictó el Decreto número 1070 de 1953, que fijó los límites de las zonas aledañas a la antigua Concesión de Mares.

"Al fijarse los límites de tales zonas, que consistían en una línea paralela circundante situada a una distancia de 35 kilómetros de los linderos de la Concesión, el decreto dejó esclarecido, que dentro de aquellas zonas aledañas quedaban exceptuados los terrenos que formaran parte de contratos vigentes de exploración y explotación

de petróleos o de propuestas admitidas con anterioridad a la vigencia del decreto. Y era apenas lógico que así lo aclarara la disposición ejecutiva, para no violar o alterar situaciones jurídicas anteriores, ni derechos adquiridos con justo título.

"En presencia, pues, de estas clarísimas y lógicas disposiciones legales, se produjo en este juicio, dentro de la oportunidad procesal respectiva, el certificado del Ministerio de Minas de 12 de septiembre de 1957, que demuestra, que las propuestas números 365, 389, 604, 605 y 625 fueron admitidas con anterioridad a la vigencia del Decreto número 1070 de 1953, y que en consecuencia, no hacen parte de las llamadas zonas aledañas de la antigua Concesión de Mares.

"Consecuencialmente, en relación con los terrenos cobijados por tales propuestas, no haciendo parte de las llamadas zonas aledañas de la Concesión de Mares, los presuntos propietarios de su subsuelo, no pueden gozar del término de caducidad a que alude el Decreto 2390 de 1955, que es de carácter especial, sino que tienen que sujetarse al derecho común, que ya había creado situaciones jurídicas estables cuya inviolabilidad debe ser garantizada, como lo está, por las determinaciones del existente orden jurídico".

Tras algunas consideraciones respecto del tema de la inconstitucionalidad del decreto reglamentario, el señor Procurador termina afirmando que "el propio actor acepta la facultad que asistía al ejecutivo para señalar en el decreto reglamentario de la Ley 165 de 1948 los límites de las llamadas zonas aledañas a la Concesión de Mares", dentro de las cuales "es claro —dice— que no podían quedar comprendidas situaciones jurídicas sancionadas por disposiciones anteriores que habían otorgado ya determinados derechos para el Estado, como son los que se deducen de las concesiones o contratos ya celebrados por él como dueño del subsuelo, con compañías petroleras y en ejercicio de claras disposiciones legales".

2) LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) *Análisis de las normas aplicables al caso.*

1. La Ley 165 de 1948, en su artículo 1º, facultó al gobierno para promover la organización de una empresa colombiana de petróleos con participación del Estado y del capital privado nacional y extranjero, o del Estado y del capital privado colombiano de no obtenerse la participación del extranjero, y aún como empresa exclusivamente oficial si no fuese posible organizarla como empresa de economía mixta.

La misma ley, en su artículo 5º, dispuso: "Autorízase al gobierno para contratar con la empresa que se funde de conformidad con la presente ley la concesión del servicio público consistente en la administración y explotación de los campos petrolíferos, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento y, en general, de todos o parte de los bienes muebles e inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes y contratos vigentes sobre petróleos, así como la explotación y administración de los campos petrolíferos aledaños a las concesiones que reviertan a la Nación, de los oleoductos de propiedad de la misma, y la construcción de refinerías y estaciones de abastecimiento".

El Decreto número 30 de 1951, expedido en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 165 de 1948, creó la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), como empresa autónoma de carácter oficial. Ese mismo decreto, en su artículo 2º, le otorgó la concesión del servicio público a que se refiere la primera parte del artículo 5º de la Ley 165, esto es, el relativo a los yacimientos e instalaciones de la Concesión de Mares que habían de revertir al Estado; y lo mismo hizo el artículo 1º del Decreto número 2390 de 1955 respecto de los campos petrolíferos situados en terrenos aledaños a dicha Concesión, los que en el Decreto 1070 de 1953 habían sido determinados así: "Para los efectos del artículo 5º de la Ley 165 de 1948, entiéndense por zonas aledañas a la Concesión de Mares, las comprendidas entre los límites actuales de la mencionada Concesión y una línea paralela circundante de 35 kilómetros de aquellos linderos, con excepción de los terrenos que forman parte de contratos vigentes de exploración y explotación o de propuestas admitidas con anterioridad a la vigencia del presente decreto".

Es importante observar, por otra parte, que este último decreto, el 1070 de 1953, que quedó reformado por el 2390 de 1955, concedía a la Empresa Colombiana de Petróleos una opción de cinco años para contratar los yacimientos de la Concesión de Mares, y también de cinco años para contratar los existentes en terrenos aledaños, en ambos casos a partir de la vigencia del expresado decreto.

2. Cumplida la reversión de la Concesión de Mares, como secuela del fallo de la Corte Suprema de Justicia de 20 de septiembre de 1944, que indicó el 25 de agosto de 1951 como fecha de expiración del contrato con la Tropical

Oil Company, los respectivos yacimientos entraron a formar parte, nuevamente, de la reserva nacional, en virtud de lo que sobre el particular prescriben las leyes colombianas a partir del Código Fiscal de 1873 (Ley 106, art. 1126); y quedaron sujetos, por tanto, para efecto de la exploración y explotación por empresas concesionarias, al cumplimiento de las formalidades y condiciones de varia índole a que el Código de Petróleos subordina la adjudicación de esta especie de contratos: presentación y tramitación de la propuesta, presentación del plano topográfico y geológico, de la memoria técnica correspondiente y de las carteras del levantamiento geológico y geográfico, limitación del área, comprobación de la capacidad financiera del proponente, orden de preferencia para la adjudicación, etc.

3. Constituída la Empresa Colombiana de Petróleos, como organismo público descentralizado, pero hallándose reglamentada en la ley la forma como la administración debe escoger a los concesionarios de contratos para la exploración y explotación de petróleos, era necesaria especial autorización legislativa para contratar directamente con aquella empresa la prestación del servicio aludido en el artículo 5º de la Ley 165, sin sujeción a las normas que le impedían al gobierno elegir libremente al concesionario. A ello vino esta última disposición. No es ella, por tanto, constitutiva de reserva sobre la cual no sea lícito celebrar contratos de exploración y explotación con entidades distintas de la oficial, sino únicamente contentiva de una autorización específica —de aquellas a que hace referencia el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución— para contratar con una determinada persona jurídica sin sometimiento a los requisitos y formalidades usuales. Ni del texto ni del contexto del artículo citado puede deducirse otra conclusión, ya que, por una parte, él habla simplemente de *autorizar* al gobierno para celebrar el contrato, sin darle al precepto fuerza imperativa, y por otra, no es de presumir que en su intención estuviera que los hidrocarburos yacentes de concesiones revertidas y de las zonas aledañas debieran permanecer inexplotados de no llegarse a la formación de la empresa oficial o semioficial, o de no convenirle a ésta o no interesarle, una vez constituída, la exploración y explotación de todos ellos, sino de una parte solamente. Conviene anotar que ni aún la formación de la empresa tenía carácter obligatorio, pues que el gobierno apenas recibía facultad para promover su organización, y que si bien creada para prestar el servicio público mencionado, la autonomía de que goza como establecimiento descentralizado la deja en libertad de prescindir de operaciones que por cualquier motivo no desee o no le convenga concluír.

b) *Caducidad del término para presentar la demanda*

4. Supuesto lo que se acaba de expresar, no hay inconveniente en admitir que, sin perjuicio de la facultad conferida para contratar directamente con la Empresa Colombiana de Petróleos, puede él también hacerlo con otras personas naturales o jurídicas con arreglo a las reglas comunes que rigen la materia.

Entre éstas se encuentra la del artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, conforme al cual las demandas sobre propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato deben ser presentadas, so pena de caducidad, dentro del término de un año contado desde la publicación en el "Diario Oficial" de la resolución administrativa que admite la propuesta, término que el Decreto 2390 de 1955 amplió, para las zonas aledañas a la Concesión de Mares adjudicadas a la Colombiana de Petróleos, a dos años contados a partir de la vigencia del mismo decreto, o sea del acto de adjudicación.

El Decreto 1070 de 1953 concedió a la Colombiana de Petróleos opción por cinco años, a partir de la resolución sobre terminación del contrato o sobre caducidad de la propuesta, para contratar los yacimientos de la extinguida Concesión de Mares y los situados en terrenos aledaños a ella. El 2390, reformatorio del anterior, prescindiendo de dicha opción, procedió a otorgar a la nombrada empresa, en concesión, los campos petrolíferos situados en las zonas señaladas como aledañas a la Concesión de Mares en el artículo 1º del Decreto 1070 ya citado, o sea, "las comprendidas entre los límites actuales de la mencionada concesión y una línea paralela circundante situada a una distancia de 35 kilómetros de aquellos linderos, con excepción de los terrenos que forman parte de contratos vigentes de exploración o explotación o de propuestas admitidas con anterioridad al presente decreto". Es decir, que de la concesión otorgada a la Empresa Colombiana de Petróleos se excluyó los terrenos que "forman parte de contratos vigentes (...) o de propuestas admitidas con anterioridad" al Decreto 2390; siendo pertinente anotar, por otra parte, que la excepción introducida por este último decreto a la regla general del artículo 2º del 3050 de 1956, en lo concerniente al plazo para la presentación de las demandas y a su fecha inicial, sólo es aplicable a los juicios relativos a terrenos que fueron ob-

jeto de concesión a la Colombiana de Petróleos, pues así se deduce claramente de lo que expresa la norma. Esta hace explícita referencia a las zonas que el mismo decreto entiende como aledañas, de las que se hallan excluídas las que forman parte de contratos vigentes o de propuestas ya aceptadas, referencia cuya finalidad no es otra que determinar los campos concedidos a la Empresa, los que, por este motivo, podían ser objeto de los juicios que prevé el Decreto 2390. Ni es impertinente observar que, por ser tales campos objeto de concesión directa, no había lugar a tramitación de la propuesta en la forma indicada en los artículos 125 y siguientes del Código de Petróleos, por lo cual venía a desaparecer la fecha de iniciación del período que para la presentación de la demanda señala el artículo 2º del Decreto 3050, lo que explica que para el caso de contratos directos hubiera sido menester fijar como tal fecha de iniciación del plazo, por vía de excepción, la del acto mediante el cual se otorga la concesión, o sea, en lo relativo a la de Mares, la de la vigencia del Decreto 2390. Pero si tal excepción fue creada solamente para el evento expresado, es claro que en los demás, esto es, cuando el contrato no se celebra directamente sino que supone la admisión previa de la propuesta, la presentación de la demanda se rige por lo preceptuado como regla general en el artículo 2º del Decreto 3050.

La cuestión no radica precisamente, así pues, en averiguar si el gobierno podía o no reglamentar la Ley 165 en la forma como aparece haberlo hecho, sino en establecer si puede o no contratar con empresas distintas de la Colombiana de Petróleos los campos petrolíferos revertidos de la Concesión de Mares o situados en las zonas aledañas que por cualquier motivo no sean adjudicados a la Colombiana. La Sala considera que puede hacerlo por los motivos que se dejan expuestos.

5. Son límites generales de la Concesión de Mares: desde la desembocadura del río Sogamoso en el Magdalena, éste aguas arriba hasta la desembocadura del río Carare; Carare arriba hasta encontrar el pie de la Cordillera Oriental; y de aquí, siguiendo por el pie de la cordillera, hasta el río Sogamoso.

Límite norte de aquella concesión es, así, este último río, y dentro del área comprendida entre su cauce y la línea imaginaria paralela a él, trazada desde el río Magdalena hasta la Cordillera Oriental, a treinta y cinco kilómetros al norte del mencionado río, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió las siguientes propuestas para la exploración y explotación de hidrocarburos y celebró los contratos que a continuación se expresan: 1) Propuesta número 365 (Sogamoso), admitida por Resolución número 779 de 19 de noviembre de 1947, que dio lugar al contrato celebrado con la Socony Vacuum Oil Co. of Colombia el 1º de marzo de 1949; 2) Propuesta número 589 (Cristalina), admitida por Resolución número 225 de 2 de julio de 1952, que dio lugar al contrato celebrado con la Petroleo Shell Cóndor el 25 de abril de 1956; 3) Propuesta número 604 (El Limón), admitida por Resolución número 442 de 15 de octubre de 1952, que dio lugar al contrato con la International Petroleum (Colombia) Limited el 21 de julio de 1955; 4) Propuesta número 605 (El Roble), admitida por Resolución número 437 de 14 de octubre de 1952, que dio lugar al contrato con la misma International Petroleum (Colombia) Limited de 21 de septiembre de 1955, y 5) Propuesta número 625 (Conchal), admitida por Resolución número 471 de 23 de octubre de 1952, que dio lugar al contrato celebrado también con la International el 1º de diciembre de 1955.

6. Conforme a lo que fue establecido en la inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en los días veintisiete y veintiocho de enero y cuatro a once de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, y a las conclusiones a que llegaron los peritos ingenieros que intervinieron en la expresada diligencia, los lotes o globos de terreno que son objeto de las demandas quedan ubicados dentro de la zona de treinta y cinco kilómetros medidos hacia el norte a partir del río Sogamoso, o sea, del límite norte de la Concesión de Mares, entre la Cordillera Oriental y el río Magdalena, es decir, dentro de la zona señalada como aledaña a dicha Concesión; pero también —salvo una pequeña zona que forma parte de los lotes números cuatro, seis y siete— dentro del perímetro general de las propuestas números 365, 599, 604, 605 y 625, a que se aludió ya, las cuales se superponen a las áreas de los lotes descritos en la demanda como de propiedad privada de los demandantes, con la salvedad mencionada. Dice así, a este propósito, la parte pertinente del dictamen de los peritos: "En el plano anexo se observa que las cartelas o planos de las propuestas cubren casi en su totalidad los terrenos de la demanda y que sólo las propuestas 605 y 625 dejan al occidente de su límite una zona libre que corresponde a los lotes números 6, 4 y 7 de dichos terrenos. El área de esta zona no es posible fijarla con exactitud con los elementos de que disponemos, y cuya determinación exacta está fuera del alcance de esta diligencia, pues los levantamientos de los

dos grupos de planos presentados y tenidos como base de este estudio fueron hechos por procedimientos técnicos diferentes que aunque precisos en lo que cada uno de ellos representa, no tienen puntos comunes, exactos de incidencia los unos con los otros, puesto que los levantamientos se hicieron con diferente objeto y en épocas distanciadas cerca de 90 años, pero sí es completa la coordinación general y relación entre sí, y la superposición resultante de los planos de las propuestas, tienen puntos de contacto muy aproximados con los linderos de Joy, especialmente en la parte que se anota, por lo demás es muy clara la superposición. Hechas las observaciones anteriores, los peritos conceptuamos sobre el punto b): Que los terrenos representados en los planos de las propuestas distinguidas con los números 365, 589, 604, 605 y 625, correspondientes a los contratos citados por el Procurador *se superponen prácticamente en la totalidad* (subrayan los peritos) de las áreas ocupadas por los terrenos adjudicados a Roberto Augusto Joy a que se refiere la demanda". Los hechos afirmados en el anterior concepto pericial aparecen destacados con plena objetividad en el plano topográfico con que los peritos ilustran su dictamen, traído por ellos a los autos en calidad de anexo.

7. Bien deja ver lo expuesto anteriormente, que en lo que concierne a la casi totalidad de la extensión de los lotes o globos de terreno a que se refieren las demandas, éstas han debido ser presentadas dentro del año contado a partir de la publicación en el "Diario Oficial" de las resoluciones admisorias de las respectivas propuestas, puesto que su objeto no es la declaración de propiedad privada de yacimientos petrolíferos que fueran concedidos a la Empresa Colombiana de Petróleos por medio del Decreto 2390, sino que se concreta a áreas no comprendidas en dicha concesión que fueron materia de propuestas y contratos que se rigen por las normas generales del Código de Petróleos, por lo cual la acción ha debido ser la de oposición a dichas propuestas; y como no se procedió así, sino que tales demandas fueron incoadas cuando ya había expirado aquel término, no pueden prosperar por caducidad del plazo previsto para instaurarlas.

8. Cuanto a la pequeña zona perteneciente a los lotes números cuatro, seis y siete, que en concepto de los peritos se halla situada fuera del perímetro de las propuestas, tampoco cabe siquiera entrar a averiguar la procedencia de las declaraciones solicitadas, por la completa indeterminación del área correspondiente, indeterminación de la cual da razón expresa el dictamen pericial.

En atención a las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en las demandas acumuladas a que en la parte motiva se hace referencia, y absuelve, por tanto, a la Nación de las pretensiones formuladas en ellas.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, remítase copia al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

RECUSACIONES.

No admite apelación el auto que falla el incidente de recusación de un Magistrado de Tribunal Superior.

Fallado el respectivo incidente en el sentido de declarar inadmisible la recusación propuesta contra el magistrado del tribunal, ponente en varios incidentes y apelaciones del juicio ordinario de que se trata, el recusante interpuso recurso de alzada el que fue concedido por proveído que ordena remitir "los autos a la honorable Corte Suprema de Justicia".

De acuerdo con los apartes pertinentes de los memoriales del apoderado de la parte demandada, el magistrado recusado está conociendo como juez ad quem **de varias providencias recurridas en un juicio ordinario por simulación; por consiguiente el auto dictado por el sustanciador del incidente de recusación, no comporta el recurso de alzada, por los siguientes motivos:**

a) Si el auto interlocutorio se dictó por el sustanciador como juez ad quem, **no procede el recurso de apelación ante la Corte, porque sería tanto como reconocer la existencia de una tercera instancia, para revisar los autos proferidos por el juez de segunda instancia.**

b) Según el artículo 511 del Código Judicial, si se considera que el magistrado no procedió como juez ad quem, **en el auto protestado, el recurso viable sería el de súplica, mas por ningún motivo del de apelación ante la Corte, tratándose de un proceso entre particulares.**

c) Cuando se trata de un incidente de recusación de un magistrado, la competencia está atribuída, en forma expresa y de modo privativo, a "los demás que forman la Sala respectiva" (art. 442 del C. J.).

d) Finalmente la competencia funcional de la Sala de Negocios Generales está consagrada, para los negocios de única instancia, en los artículos 36, 40 del Código Judicial y en otras leyes especiales; y para los de segunda, en el artículo 37 del Código citado, que no comprenden los litigios entre particulares, como lo es el de la referencia, sino únicamente los enumerados en el artículo 76 del Código Judicial.

Por consiguiente la Sala se abstiene de revisar los autos indebidamente apelados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra los dos autos de fecha 28 de julio de este año, proferidos por el Magistrado ponente del Tribunal de Santa Marta en el juicio ordinario promovido por Carmen H. de Alzamora y otros contra José María Leyva, por simulación.

En el memorial de fecha 17 de julio de este año, dice el abogado recusante:

"Como apoderado de don José María Leyva en el juicio ordinario que le instauraron Carmen H. de Alzamora y otros, que se encuentra en el Tribunal por varias apelaciones, recuso al señor Magistrado doctor Juan A. Benavides Macea, Magistrado ponente en los varios incidentes y apelaciones, por la causal 9ª del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, para que no siga conociendo de los incidentes de nulidad que propuse en sendos memoriales de fecha 29 de mayo de 1961, que forman los Cuadernos 35 y 34, y se refieren a las actuaciones que constituyen los Cuadernos 28 y 27 del mismo expediente" (fs. 1 C. Nº 1º).

En el otro escrito del mismo abogado de 27 del mismo mes y año, se lee:

"Como apoderado de don José María Leyva en el juicio ordinario que le instauraron Carmen H. de Alzamora y otros, que se encuentra en el Tribunal por varias apelaciones, recuso al señor Magistrado, doctor Juan A. Benavides Macea, Magistrado ponente en los varios incidentes y apelaciones, por la causal 9ª del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, para que no siga conociendo del incidente de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, que propuse en memorial de 27 de junio de 1961, presentado en la misma fecha" (fs. 1 C. Nº 2º).

El Magistrado ponente falló los incidentes por medio de los dos autos de fecha 28 de julio de este año, en el sentido de declarar "inadmisible la recusación del honorable Magistrado Juan A. Benavides Macea", según el artículo 444 del Código Judicial.

Notificado el apoderado recusante, interpuso el recurso de apelación, indebidamente concedido por el Magistrado sustanciador, mediante autos de fecha 12 de agosto de este año, con la orden de remitir "los autos a la honorable Corte Suprema de Justicia".

De acuerdo con los apartes transcritos de los memoriales del apoderado de la parte demandada, el Magistrado recusado está conociendo como juez *ad quem* de varias providencias recurridas en el juicio ordinario adelantado por Carmen H. de Alzamora contra José María Leyva, por simulación; por consiguiente los dos autos de 28 de julio, dictados por el sustanciador del incidente de recusación, no comportan el recurso de alzada, por los siguientes motivos:

a) Si el auto interlocutorio se dictó por el sustanciador como juez *ad quem,* no procede el recurso de apelación ante la Corte, porque sería tanto como reconocer la existencia de una tercera instancia, para revisar los autos proferidos por el juez de segunda instancia.

b) Según el artículo 511 del Código Judicial, si se considera que el Magistrado no procedió como juez *ad quem,* en los autos protestados, el recurso viable sería el de súplica, mas por ningún motivo el de apelación ante la Corte, tratándose de un proceso entre particulares.

c) Cuando se trata de un incidente de recusación de un magistrado, la competencia está atribuída, en forma expresa y de modo privativo, a "los demás que forman la Sala respectiva" (art. 442 del C. J.).

d) Finalmente la competencia funcional de la Sala de Negocios Generales está consagrada, para los negocios de única instancia, en los artículos 36, 40 del Código Judicial y en otras leyes especiales; y para los de segunda, en el artículo 37 del Código citado, que no comprenden los litigios entre particulares sino que se refiere a los enumerados en el artículo 76 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Sala se abstiene de revisar los autos indebidamente apelados.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA POSITIVA

Entre dos jueces de circuito dependientes de distintos distritos judiciales, para conocer de un juicio de sucesión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre 14 de 1961.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Se procede a resolver la colisión de competencia positiva surgida entre el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá y el de igual categoría del Espinal, que dependen, el primero del Distrito Judicial de Bogotá y, el segundo, del de Ibagué.

Los herederos ab intestado del causante Luis Francisco Reyes Molina, fallecido en el círculo notarial de Girardot, promovieron el juicio de sucesión ante el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, y posteriormente, con fundamento en un testamento verbal, el heredero de la cuarta de libre disposición, Luis Enrique Ramírez, promovió otro ante el Juez Civil del Circuito del Espinal, último domicilio del *de cujus,* según el decir del interesado.

En esta forma surgieron dos procesos, adelantados simultáneamente ante distintos jueces, en relación con los bienes del mismo causante, que dieron ocasión a la tramitación de dos incidentes: el uno de acumulación y el otro sobre colisión de competencia, los cuales, necesariamente, suponen la existencia de un proceso o juicio, porque, según el artículo 391 del Código Judicial, "son incidentes las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio..."; en consecuencia, salvo disposición expresa en contrario, no puede existir un incidente autónomo, según lo sostiene alguno de los interesados, pues, como cuestión accidental, debe acceder a lo principal, en este caso, al respectivo juicio o proceso.

En providencia ejecutoriada se ordenó acumular el juicio de sucesión, promovido en el circuito del Espinal, al adelantado por el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, en atención de ser el más antiguo; sin embargo, cuando simultáneamente se adelantan dos procesos ante distintos jueces, acumulables conforme al numeral 1º del artículo 398 del Código Judicial, al resolver el incidente de colisión de competencia, provocado al efecto, implícitamente se decide sobre la acumulación, porque el juez competente conocerá en lo sucesivo de un solo juicio.

Algunos de los interesados, por medio de sus apoderados, manifestaron que desistían del incidente de colisión de competencia; sin embargo, tal solicitud fue rechazada por auto ejecutoriado; por tanto debe decidirse conforme a las pruebas que obran en autos, con la previa advertencia de que no se trata de una competencia absoluta, en razón de la materia, sino simplemente relativa, en función del territorio en cuanto atañe a la división del trabajo entre jueces de la misma categoría y especialidad prorrogable de acuerdo con el artículo 153 del Código Judicial.

Para decidir la colisión, basta transcribir las razones expuestas por el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, en auto de fecha quince de diciembre de 1956, que de haberse mantenido, habría ahorrado a las partes cinco años de demora y de gastos innecesarios.

"El artículo 152 procedimental dice, que es competente para conocer de modo privativo de una sucesión, el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en caso de que a su muerte, lo hubiere tenido en distintos municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios.

"De los documentos acompañados a la petición de provocación de competencia positiva, aparece que el último domicilio del *de cujus* señor Reyes Molina, lo fue el Municipio de Coello, compren-

sión del Circuito Judicial del Espinal, en donde vivió por largos años y tuvo el asiento principal de sus negocios.

"Si murió en la ciudad de Girardot ello se debió a asuntos de salud, a donde viajó en busca de tratamiento médico para sus dolencias.

"Pero para el caso de que se estime que dicha ciudad fue su último domicilio, entonces tenemos que el competente para conocer del juicio de sucesión de Reyes Molina sería el Juez del Circuito de Girardot.

"El juicio de sucesión intestada del señor Luis Francisco Reyes Molina, que se adelanta en este Juzgado, si bien la partida que da cuenta del deceso de aquél, no daba la competencia a este Juzgado, se declaró abierto y radicado a virtud de la manifestación hecha en la demanda de que el último domicilio del causante lo había sido esta ciudad; manifestación que entrañaba la prórroga de competencia, por voluntad de las partes.

"Posteriormente, el heredero testamentario señor Luis Enrique Ramírez Murillo, por medio de su apoderado, pidió se declarara radicado y abierto el juicio de sucesión testada del mismo señor Reyes Molina, en el Juzgado del Circuito del Espinal.

"Para comprobar el último domicilio del citado *de cujus*, se adujeron las declaraciones de que ya se hizo mérito, con las cuales quedó establecido, que si bien el señor Reyes Molina había muerto en la ciudad de Girardot, su estadía allí había sido accidental; y que el último domicilio lo fue el Municipio de Coello, comprensión del Circuito Judicial del Espinal, por haber tenido allí su domicilio, por largos años, y el asiento principal de sus negocios.

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 del Código Judicial el juicio incoado ante el señor Juez del Circuito del Espinal debía acumularse al que aquí se agita; pero como ya se vio, habiendo surgido controversia entre los herederos reconocidos en uno y otro juicio, desaparece la prórroga de competencia por voluntad de las partes, lo que da lugar a aplicar la regla quinta del artículo 152 ibídem, ya que ha quedado comprobado que el último domicilio del causante y el asiento principal de sus negocios lo fue el Municipio de Coello, que pertenece en lo judicial al Circuito del Espinal" (fs. 20 a 20 vto. C. Nº 3º).

El Procurador 2º Delegado en lo Civil, en extenso y minucioso escrito, llega a la misma conclusión, en cuanto a la competencia del Juez Civil del Circuito del Espinal, para conocer del juicio de sucesión del causante.

Por lo expuesto, el juez competente para conocer del juicio de sucesión del causante Luis Francisco Reyes Molina es el Civil del Circuito del Espinal, al cual se le remitirá el expediente.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

CLASIFICACION DE LAS ACCIONES. PRESUPUESTOS PROCESALES EN LAS ACCIONES SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO.

1. Diversas acepciones de la palabra "acción". Clasificación de las acciones. 2. Etapa prejudicial a la acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero. El objeto de la oposición queda predeterminado por la propuesta de contrato. En todo litigio la demanda está integrada por un silogismo. No existen términos sacramentales para hacer las peticiones de la demanda. Los presupuestos de demanda en forma y competencia en esta clase de litigios.

1. Para evitar confusiones, es menester hacer la clasificación necesaria de las varias acepciones de la palabra "acción". En primer término y en sentido propio, la acción atañe a la facultad o pretensión sustancial del actor, en armonía con la norma material pertinente, invocada como fundamento del derecho debatido o incierto, como cuando se deduce en juicio la acción de reivindicación, de nulidad, de petición de herencia, de filiación, de oposición a la propuesta de contrato para explorar y explotar el subsuelo petrolífero de una región determinada, etc.

Respecto de la finalidad perseguida, las acciones, lo mismo que las sentencias, pueden ser declarativas, constitutivas o de condena según que, en los juicios de cognición, el actor se proponga dar seguridad o certeza a un derecho incierto o debatido; o bien modificar una situación jurídica preexistente, para sustituírla por otra, generalmente; o en fin, obtener un ordenamiento imperativo que ponga al demandado en la necesidad de cumplir con la prestación debida.

Estas acciones pueden ejercitarse, mediante el fenómeno de la acumulación objetiva, en la misma demanda, en forma de consecuentes o sucesivas; y así, en la acción de reivindicación, declarada expresa o tácitamente la propiedad del predio, el demandado será condenado a restituír la posesión material de él, como también al pago de los frutos como poseedor de mala fe, en su caso, si lo suplica el actor, que no tiene el deber o la carga procesal de hacerlo, porque puede prescindir de la condena sobre frutos o reservarla para otro juicio, según nuestra legislación procesal.

Por último, en forma completamente impropia, se habla también de acción ordinaria o especial, para hacer alusión al procedimiento o vía en la cual debe ejercitarse la acción sustancial; y en este caso, por ejemplo, la acción de petición de herencia se denominaría ordinaria, a la vez que las de lanzamiento, nulidad o divorcio del matrimonio civil, de servidumbre, etc., se clasificarían como especiales, con fundamento en la circunstancia puramente accidental y extrínseca del procedimiento señalado para su ejercicio.

2. En un largo alegato, el Procurador 2º delegado en lo civil, expresamente solicita a la Sala el estudio de algunos presupuestos procesales que, en su concepto, no se han llenado en este juicio. Afirma que el actor se equivocó en el ejercicio de la acción sustancial, porque en lugar de suplicar la declaración de ser de propiedad privada el subsuelo petrolífero del predio, las hechas en el libelo "tienen relación únicamente con el suelo del globo de terreno denominado 'Potrero Grande' y están dirigidas exclusivamente a que se declare en la sentencia: que salió legalmente tal globo de tierra del dominio del Estado en virtud de título emanado de éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873..." No sería la acción de dominio respecto del subsuelo petrolífero, sino otra de diverso contenido, la que habría ejercitado el actor; de donde deduce, en orden lógico, la falta de competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte para conocer del litigio y, como secuela mediata, el haberse

seguido un procedimiento distinto al previsto por la ley para la acción realmente ejercitada, el cual, en sentir del mencionado funcionario, sería el ordinario de dos instancias: ante el Tribunal y ante la Corte.

Insiste en que los presupuestos procesales debe estudiarlos el juez en forma oficiosa, antes de referirse al fondo de la controversia; los enumera para referirse en forma especial a la capacidad para ser parte, a la capacidad procesal y a la demanda en forma; y en fin, como una premisa de sus posteriores argumentos, sostiene que las peticiones claras y nítidas de una demanda no pueden ser objeto de interpretación alguna; y así, las del actor, en este proceso, no la admiten porque no contienen ninguna petición ambigua, oscura o dudosa,

"En consecuencia de lo que se deja expresado, esta Procuraduría solicita que al decidir este asunto la Corte, previamente haga examen de si se han configurado o no los presupuestos procesales indispensables para que pueda pronunciarse en el fondo; y en este campo, declare que los presupuestos de demanda en forma y de competencia de la Sala de Negocios Generales de la misma Corte para conocer de la acción incoada en la forma en que lo fue, no existen. Y así no puede resolver el asunto debiendo declararse inhibida para ello por la carencia de esos presupuestos".

Considera la Sala:

La acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero no puede ejercitarse directamente ante la rama jurisdiccional, sino que ha menester de una etapa prejudicial o administrativa, prevista en los artículos 34, 35 del Código de Petróleos y en el Decreto número 3050 de 1956, que se cumplen en forma diferente según que el presunto propietario del subsuelo tome la iniciativa, o bien haga oposición a la propuesta del contrato presentada por un tercero.

En el primer caso, reglamentado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo, para explotar el petróleo, debe dar aviso al Ministerio de Minas y Petróleos con el fin de obtener el correspondiente permiso, si los títulos presentados fueren suficientes, en cuyo caso carece de interés jurídico para promover acción alguna. En cambio, si los títulos no los considera suficientes, el Ministerio "enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, mediante el procedimiento señalado por el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos juicios, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos materia del aviso. Mientras tanto no se podrá emprender en la exploración o explotación proyectadas. El aviso hará las veces de demanda.

"Si el fallo fuere favorable a la Nación, el interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectada; en caso contrario podrá emprenderlas".

En el otro supuesto, reglamentado en el artículo 34 del Código de Petróleos con las modificaciones de los artículos 1º y 2º del Decreto número 3050 de 1956, la oposición a la propuesta de contrato puede surgir con ocasión de las siguientes hipótesis o situaciones de hecho: a) Cuando el dueño del subsuelo "hubiere obtenido reconocimiento definitivo de su propiedad, de acuerdo con la ley", o sea, pueda exhibir la sentencia mediante la cual se hubiese hecho la declaración sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero de la respectiva zona; b) Cuando el área de la nueva propuesta se superpone a la de otro contrato o propuestas anteriores, y c) Cuando la oposición a la propuesta de contrato se formula con un presunto o incierto propietario del subsuelo petrolífero.

En los dos primeros casos (a y b), el Ministerio de Minas y Petróleos resuelve, provisionalmente, la oposición; y si la decisión fuere adversa a los opositores, "por no haberse podido constatar la superposición, se ordenará la celebración con el nuevo proponente del correspondiente contrato de exploración y explotación de petróleo...", sin perjuicio de los derechos de las personas citadas, quienes podrán, previa oposición, o sin ella, establecer después la superposición de las áreas, único objeto de la posterior controversia (7º aparte del artículo 1º del Decreto 3050 de 1956).

La oposición del presunto o incierto dueño del subsuelo está reglamentada en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, la cual ya no ha menester presentarla ante el Ministerio del ramo, sino directamente ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, mediante juicio ordinario de única instancia, promovido "dentro del año siguiente a la publicación en el "Diario Oficial" del extracto de la propuesta... para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la propuesta...", en todo o solamente en una parte,

Esta controversia presupone, en primer término, la existencia, como un acto prejudicial, de una propuesta de contrato para exploración y explotación del subsuelo; en otras palabras, no puede proponerse la acción en forma independiente de una anterior propuesta de contrato, que viene a predeterminar el objeto del litigio, tanto en sus premisas como en la conclusión o parte petitoria de la demanda.

En efecto, según ocurre en todo litigio, la demanda está integrada o edificada sobre un silogismo, en el cual la premisa mayor se forma con la respectiva disposición legal; la menor con los hechos que el actor debe invocar y determinar en el libelo y probar en el juicio; y la conclusión que estará integrada por las declaraciones o condenas impetradas por aquél. Así en los litigios sobre la propiedad de los petróleos, el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953 dispone: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal..."; ahora como en la demanda del caso en estudio se afirma que "el predio de que trata el hecho anterior hacía parte de terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", se concluye que "es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos" determinados en el libelo.

Es evidente que en la demanda presentada por el apoderado del actor, en el petitum, no se suplicó la declaración de ser de propiedad particular el petróleo del predio alinderado, sino la de que "salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", vale decir, se insertó como petición el hecho tercero de la demanda; sin embargo esta circunstancia ni cambia la naturaleza de la acción sustancial deducida en juicio, para modificar la competencia del juzgador, ni afecta tampoco a la parte formal o adjetiva del libelo, aun en el supuesto de que se considere incompleta la súplica.

De otra parte, no existen términos sacramentales para hacer las peticiones de la demanda; por tanto, si la verdadera conclusión se deduce de la premisa formulada como súplica, basta para que el juzgador, no por interpretación sino por los términos expresos del libelo, haga la declaración procedente, tanto más que en esta clase de controversias, el petitum o pretensión de las partes está predeterminado por la ley, como se lee en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956 que fija el objeto del juicio ordinario de única instancia, promovido ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, "para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad particular el petróleo que se encuentra en los terrenos materia de la propuesta..."; por tanto, bastaría que el actor en la demanda, manifieste que se opone a la propuesta de contrato para la exploración o explotación del petróleo en una zona determinada, además de aducir los hechos conducentes, para que se entienda que el verdadero objeto del litigio es la decisión sobre la propiedad del subsuelo.

Además, aun cuando la petición formulada en la demanda se refiere a un hecho, sin embargo debe tenerse en cuenta que su declaración implica una relación de derecho, pues regula o determina la propiedad del subsuelo petrolífero, en virtud de haber salido la propiedad del suelo del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, porque no existe un título directo sobre el subsuelo, como lo sugiere el procurador delegado, sino que accede a la del suelo en las condiciones señaladas en el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953, que prohijó la debatida doctrina admitida por la Corte en el año de 1919.

En consecuencia, no faltan los presupuestos procesales de "demanda en forma" y de "competencia" enunciados por el procurador delegado, porque ni esta Sala resulta incompetente para conocer del litigio, ni al juicio se le ha dado una tramitación distinta a la prevista en el Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Con ocasión de la propuesta de Contrato número 873 de la Texas Petroleum Company, el apoderado de Honorato García D. demandó a la Nación en juicio ordinario de única instancia, mediante libelo de fecha 26 de septiembre de 1959, que se transcribe íntegramente con el objeto de verificar las críticas hechas por el Procurador 2º delegado en lo civil, en el alegato de conclusión, respecto de la falta de algunos presupuestos procesales, como el de "demanda en forma" y el de "competencia" de la Sala de Negocios Generales para conocer del litigio.

I. Antecedentes. La demanda está redactada, en la siguiente forma:

"Primera. Que el predio denominado 'Potrero Grande', ubicado en jurisdicción del municipio de Cogua, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado.

"Los linderos son: 'Por un costado, con terreno de Juan de la Cruz Garzón; por otro costado, hoy con terrenos de Juan de la Cruz Garzón y herederos de Matilde Rodríguez viuda de Ospina; por otro costado, con terreno de la misma Matilde Rodríguez viuda de Ospina y por el último costado, con terreno de herederos de Olegario Rojas'.

"Segunda. Que el predio delimitado en la petición primera de esta demanda salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción por explotación económica de esas tierras.

"Hechos. Los hechos fundamentales de la demanda son los siguientes:

"Primero. El demandante es actual propietario y poseedor inscrito del predio de que trata la petición primera de esta demanda.

"Segunda. La tradición del predio de que trata el hecho anterior se encuentra debidamente acreditada, por tiempo que excede al período de la prescripción extraordinaria, con los títulos de propiedad y los certificados de registro correspondientes.

"Tercero. El predio de que trata el hecho anterior, hacía parte de terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado.

"Cuarto. El predio de que tratan los hechos anteriores, y los terrenos de los cuales hacía parte antiguamente, han sido objeto con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y desde tiempo inmemorial, y lo son también actualmente, de una continua y eficaz explotación económica, consistente en la ocupación con ganados, cultivos, casas de habitación, cerramientos, etc.

"Quinto. Tanto el predio de que tratan los hechos anteriores, como los terrenos de los cuales hacía parte antiguamente, se encuentran debidamente determinados en los títulos correspondientes y son identificables sobre el terreno.

"Sexto. El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 574, de 30 de mayo de 1958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, registrada bajo el número 873, formulada por la Texas Petroleum Company y, cuyos linderos constan en el "Diario Oficial" 29776 de 27 de septiembre de 1958.

"Séptimo. Tanto el predio delimitado en la petición primera de esta demanda como los terrenos de los cuales hacían parte antiguamente, se encuentran comprendidos dentro de la propuesta número 873, de la Texas Petroleum Company cuyo perímetro se superpone a ellos.

"Octavo. Estoy dentro del término señalado en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, para instaurar esta demanda.

"Derecho. En derecho se funda esta demanda en las siguientes disposiciones:

"Decreto 3050 de 1956, artículo 2º y disposiciones concordantes; Código de Petróleos, artículos 34, 36 y 69 y demás disposiciones concordantes y pertinentes; Ley 50 de 1936, artículo 1º; Código de Procedimiento Civil, Título XVIII; las Cédulas Reales de la Corona Española sobre tierras y disposiciones del Código de Indias que las adicionan.

"Competencia. La Sala de Negocios Generales de la Corte es competente para conocer de este negocio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956".

Admitida la demanda, el Procurador la contestó en la forma usual, en estos términos:

"Manifiesto que me opongo a que se hagan las declaraciones incoadas, porque no hallo que ellas tengan asidero en derecho, ni se apoyen en hechos pertinentes debidamente comprobados. Niego en términos generales estos hechos *(Primero* a *Octavo)* para que se comprueben; y respecto de aquéllos que resultaren establecidos, oportunamente se harán las consideraciones que fueren del caso sobre su conducencia y eficacia. Negados los hechos fundamentales, no admito tampoco las razones de derecho que se dice asisten al actor".

El juicio se recibió a prueba; sin embargo, dentro del plazo legal no se practicó ninguna de las solicitadas; por esto, previo el correspondiente informe, se ordenó entregar el expediente para alegar y, llenada esta formalidad por el Procurador delegado, se citó a las partes para sentencia, que se procede a dictar con fundamento en las consideraciones siguientes.

II. Tesis del Procurador Delegado. En un largo alegato, el Procurador 2º Delegado en lo Civil, expresamente solicita a la Sala el estudio de algunos presupuestos procesales que, en su concepto, no se han llenado en este juicio.

Al efecto, copiadas las peticiones de la demanda, el Procurador dice:

"Desde ahora advierte esta Procuraduría que las peticiones precedentes, tienen relación únicamente con el suelo del globo de terreno denominado 'Potrero Grande' y están dirigidas exclusivamente a que se declare en la sentencia: a) Que salió legalmente tal globo de tierra del dominio del Estado en virtud de título emanado de éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873; y b) Que salió legalmente tal predio antes de la fecha mencionada del dominio del Estado en virtud de justa prescripción por explotación económica de esas tierras".

También el mismo funcionario, resumidos los hechos del libelo, comenta:

"Advierte, también, esta Procuraduría que dados los términos en que se concibieron y se formularon las solicitudes de la parte petitoria de la demanda, de los hechos que se dejan resumidos casi ninguno tiene compatibilidad con lo que se pretende se declare por la Corte, no hay compatibilidad entre estos hechos y tales peticiones, salvo los hechos *tercero,* el *cuarto* en parte, el *quinto* también parcialmente, el *séptimo* hace ligera referencia".

Insiste luégo en que los presupuestos procesales debe estudiarlos el juez en forma oficiosa, antes de referirse al fondo de la controversia; de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina de algunos tratadistas, enumera los llamados presupuestos procesales, para referirse en forma especial a la capacidad para ser parte, a la capacidad procesal y a la demanda en forma; y en fin, como una premisa de sus posteriores argumentos, sostiene que las peticiones claras y nítidas de una demanda no pueden ser objeto de interpretación alguna; y así las del actor, en este proceso, no admiten interpretación alguna porque no contienen ninguna ambigua, oscura o dudosa.

El Procurador delegado termina su alegato en esta forma:

"Del texto de las peticiones de la demanda del señor Honorato García Díaz, se ve que la vía que escogió fue la del juicio 'ordinario' de mayor cuantía y en única instancia, trámites de los cuales trata el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956 que fue el que indicó. Demandó ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia como competente para conocer del juicio contra la Nación como demandada. Se ha visto ya que para obtener que se declare en la sentencia que el globo de terreno llamado 'Potrero Grande' ubicado en jurisdicción del Municipio de Cogua, salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de título emanado del Estado, o por obra de la prescripción adquisitiva del dominio mediante explotación económica de esas tierras. Pero nada más. De esta demanda, interpretada en su sentido más claro y estricto, resulta en cuanto a los otros presupuestos procesales:

"*Presupuesto de demanda en forma.* No aparece en este libelo que este presupuesto procesal esté debidamente configurado, porque el actor para obtener declaración de que un globo de terreno salió legalmente del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, sin que hiciera referencia a declaración de dominio en yacimiento de hidrocarburos de los que define el artículo 1º del actual Código de Petróleos, elaboró y presentó una demanda que adolece del requisito de forma para que pueda ser considerada en el fondo, por las causas siguientes: a) Para una declaración de dominio en un globo de terreno, o mejor, que éste salió del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, sin concretar a nada más esa declaración desueta, escogió una vía impropia, cual es la del juicio 'ordinario' de mayor cuantía y en única instancia señalada en el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956, que señala tal vía procesal para el ejercicio de acciones declarativas de dominio privado en yacimientos de petróleo, no de globos de terreno simplemente. La vía procesal que para obtener una declaración simple como la que incoó el actor, debió ser la 'ordinaria' en dos instancias, una que debería surtirse ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente, siendo demandada la Nación, representada ésta por el Fiscal del Tribunal; y la segunda instancia, caso de tener lugar, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte.

"Luego estuvo dirigida la demanda por vía impropia, y ésto la hace carecer del presupuesto de demanda en forma.

"4) *Competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema para conocer de la acción.*

"Este presupuesto procesal tampoco se cumple en este caso porque dicha Sala es competente para conocer en única instancia por los trámites del juicio 'ordinario' de mayor cuantía, pero de acciones sobre declaración de dominio privado en yacimientos de hidrocarburos cuando los particulares demandan a la Nación como oponentes a que ésta contrate la exploración y explotación de esos yacimientos mediante propuesta que se le formule, respecto de los que son de propiedad de esos particulares (artículo 34 del Código de

Petróleos, modificado por el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956).

"Pero como en el juicio presente el actor no impetró otra diligencia que la muy vaga e imprecisa de que el globo de terreno llamado 'Potrero Grande' salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, no existe acción para la declaración de dominio privado en yacimientos de hidrocarburos que diera competencia a la Sala de Negocios Generales para conocer en única instancia del litigio.

"La consecuencia de esto es que tampoco este presupuesto procesal aparece debidamente configurado.

"En consecuencia de lo que se deja expresado, esta Procuraduría solicita que al decidir este asunto la Corte, previamente haga examen de si se han configurado o no los presupuestos procesales indispensables para que pueda pronunciarse en el fondo; y en este campo, declare que los presupuestos de demanda en forma y de competencia de la Sala de Negocios Generales de la misma Corte para conocer de la acción incoada en la forma en que lo fue, no existe. Y así no puede resolver el asunto debiendo declararse inhibida para ello por la carencia de esos presupuestos procesales.

"O en subsidio, si considera la Sala que están configurados procesalmente tales presupuestos, y que en consecuencia puede entrar a estudiar el fondo del asunto, absuelva en la sentencia a la Nación de todos los cargos formulados en la demanda, por carencia total de prueba de los presupuestos o extremos esenciales de la acción declarativa de dominio privado en el subsuelo petrolífero en el caso de autos".

Según lo expuesto por el Procurador delegado, el actor no ejercitó la acción de dominio respecto del subsuelo petrolífero, sino otra de diverso contenido; y de esta premisa se deduciría, en orden lógico, la falta de competencia de esta Sala para conocer del litigio y, como secuela mediata, el haberse seguido un procedimiento distinto al previsto en la ley, el cual, en sentir del mencionado funcionario, sería el ordinario con dos instancias: una ante el tribunal superior respectivo y la otra, por apelación o consulta, ante esta Sala.

III. Acepciones de la palabra acción. Como en el alegato del Procurador delegado se toma la palabra acción en varios de sus significados, para evitar confusiones, es menester hacer la clasificación necesaria: en primer término y en sentido propio, la acción atañe a la facultad o pretensión sustancial del actor, en armonía con la norma material pertinente, invocada como fundamento del derecho debatido o incierto, como cuando se deduce en juicio la acción de reivindicación, de nulidad, de petición de herencia, de filiación, de oposición a la propuesta de contrato para explorar y explotar el subsuelo petrolífero de una región determinada, etc.

Respecto de la finalidad perseguida, las acciones, lo mismo que las sentencias, pueden ser declarativas, constitutivas o de condena según que, en los juicios de cognición, el actor se proponga dar seguridad o certeza a un derecho incierto o debatido; o bien modificar una situación jurídica preexistente, para sustituírla por otra, generalmente; o en fin, obtener un ordenamiento imperativo que ponga al demandado en la necesidad de cumplir con la prestación debida.

Estas acciones pueden ejercitarse, mediante el fenómeno de la acumulación objetiva, en la misma demanda, en forma de consecuentes o sucesivas; y así, en la acción de reivindicación, declarada expresa o tácitamente la propiedad del predio, el demandado será condenado a restituír la posesión material de él, como también al pago de los frutos como poseedor de mala fe, en su caso, si lo suplica el actor, que no tiene el deber o la carga procesal de hacerlo, porque puede prescindir de la condena sobre frutos o reservarla para otro juicio, según nuestra legislación procesal.

Por último, en forma completamente impropia, se habla también de acción ordinaria o especial, para hacer alusión al procedimiento o vía en la cual debe ejercitarse la acción sustancial; y en este caso, por ejemplo, la acción de petición de herencia se denominaría *ordinaria,* a la vez que la de lanzamiento, nulidad y divorcio del matrimonio civil, de servidumbre, etc., se clasificaría como especiales, con fundamento en la circunstancia puramente accidental y extrínseca del procedimiento señalado para su ejercicio.

IV. Acción ejercitada por el actor. Como se ha visto, la tesis fundamental del Procurador delegado en lo civil consiste en que el actor se equivocó en el ejercicio de la acción sustancial, porque en lugar de suplicar la declaración de ser de propiedad privada el subsuelo petrolífero del predio, las hechas en el libelo "tienen relación únicamente con el suelo del globo de terreno denominado 'Potrero Grande' y están dirigidas exclusivamente a que se declare en la sentencia: a) Que salió legalmente tal globo de tierra del dominio del Estado en virtud de título emanado de éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873..."

La acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero no puede ejercitarse directamente ante la rama jurisdiccional, sino que ha menester de una etapa prejudicial o administrativa, prevista en los artículos 34, 35 del Código de Petróleos y en el Decreto número 3050 de 1956, que se cumplen en forma diferente según que el presunto propietario del subsuelo tome la iniciativa, o bien haga oposición a la propuesta de contrato presentada por un tercero.

En el primer caso, reglamentado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo, para explotar el petróleo, debe dar aviso al Ministerio de Minas y Petróleos con el fin de obtener el correspondiente permiso, si los títulos presentados fueren suficientes, en cuyo caso carece de interés jurídico para promover acción alguna, ya que el Estado no le disputa su derecho. En cambio, si los títulos no los considera suficientes, el Ministerio "enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos juicios, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia del aviso. Mientras tanto no se podrá emprender en la exploración o explotación proyectadas. El aviso hará las veces de demanda.

"Si el fallo fuere favorable a la Nación, el interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectada; en caso contrario, podrá emprenderlas".

En el otro supuesto, reglamentado en el artículo 34 del Código de Petróleos con las modificaciones de los artículos 1º y 2º del Decreto número 3050 de 1956, la oposición a la propuesta de contrato puede surgir con ocasión de las siguientes hipótesis o situaciones de hecho: a) Cuando el dueño del subsuelo "hubiera obtenido reconocimiento definitivo de su propiedad, de acuerdo con la ley", o sea, pueda exhibir la sentencia mediante la cual se hubiese hecho la declaración sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero de la respectiva zona; b) Cuando el área de la nueva propuesta se superpone a la de otro contrato o propuestas anteriores; y c) Cuando la oposición a la propuesta de contrato se formula por un presunto o incierto propietario del subsuelo petrolífero.

En los dos primeros casos (a y b), el Ministerio de Minas y Petróleos resuelve, provisionalmente, la oposición; y si la decisión fuere adversa a los opositores, "por no haberse podido constatar la superposición, se ordenará la celebración con el nuevo proponente del correspondiente contrato de exploración y explotación de petróleo...", sin perjuicio de los derechos de las personas citadas, quienes podrán, previa oposición o sin ella, establecer después la superposición de las áreas, único objeto de la posterior controversia (7º aparte del art. 1º del D. 3050 de 1956).

La oposición del presunto o incierto dueño del subsuelo está reglamentada en el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956, la cual ya no ha menester presentarla ante el Ministerio del ramo, sino directamente ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, mediante juicio ordinario de única instancia, promovido "dentro del año siguiente a la publicación en el "Diario Oficial" del extracto de la propuesta..." para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la propuesta...", en todo o solamente en una parte.

Esta controversia presupone, en primer término, la existencia, como un acto prejudicial, de una propuesta de contrato para la exploración y explotación del subsuelo; en otras palabras, no puede proponerse la acción en forma independiente de una anterior propuesta de contrato, que viene a predeterminar el objeto del litigio, tanto en sus premisas como en la conclusión o parte petitoria de la demanda.

En efecto, según ocurre en todo litigio, la demanda está integrada o edificada sobre un silogismo, en el cual la premisa mayor se forma con la respectiva disposición legal; la menor con los hechos que el actor debe invocar y determinar en el libelo y probar en el juicio; y la conclusión que estará integrada por las declaraciones o condenas impetradas por aquél. Así, en los litigios sobre la propiedad de los petróleos, el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953 dispone: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal..."; ahora como en la demanda se afirma, en el hecho tercero, que "el predio de que trata el hecho anterior hacía parte de terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", se concluye que "es de propiedad particular el petróleo que se en-

cuentre en los terrenos'' determinados en el libelo.

Es evidente que en la demanda presentada por el apoderado del actor, en el petitum, no se suplicó la declaración de ser de propiedad particular el petróleo del predio Potrero Grande, sino la de que ''salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado'', vale decir, se insertó como petición el mismo hecho tercero; sin embargo, esta circunstancia ni cambia la naturaleza de la acción sustancial deducida en juicio, para modificar la competencia del juzgador, ni afecta tampoco a la parte formal o adjetiva del libelo, aun en el supuesto de que se considere incompleta la súplica transcrita.

Además, no existen términos sacramentales para hacer las peticiones de la demanda; por tanto, si la verdadera conclusión se deduce de la premisa formulada como súplica, basta para que el juzgador, no por interpretación sino por los términos expresos del libelo, haga la declaración precedente, tanto más que en esta clase de controversias, el petitum o pretensión de las partes está predeterminado por la ley, como se lee en el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956 que fija el objeto del juicio ordinario de única instancia, promovido ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, ''para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la propuesta...''; por tanto, bastaría que el actor, en la demanda, manifieste que se opone a la propuesta de contrato para la exploración y explotación del petróleo en una zona determinada, además de aducir los hechos conducentes, para que se entienda que el verdadero objeto del litigio es la decisión sobre la propiedad del subsuelo.

Además, aun cuando la petición formulada en la demanda se refiere a un *hecho,* sin embargo, debe tenerse en cuenta que su declaración implica una relación de derecho, pues regula o determina la propiedad del subsuelo petrolífero, en virtud de haber salido la propiedad del suelo del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, porque no existe un título directo sobre el subsuelo, como lo sugiere el Procurador delegado, sino que accede a la del suelo en las condiciones señaladas por el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953, que prohijó la debatida doctrina admitida por la Corte en el año de 1919.

En consecuencia, no faltan los presupuestos procesales enunciados por el Procurador delegado, porque ni esta Sala resulta incompetente para conocer del litigio, ni al juicio se le ha dado una tramitación distinta a la prevista en el Código de Procedimiento Civil.

V. Sentencia de fondo. Como el juicio ha sido planteado en forma regular, en cuanto atañe a los presupuestos procesales, corresponde dictar sentencia de fondo, a lo cual se procede previos los siguientes fundamentos.

El éxito de las pretensiones del actor, en esta clase de litigios, está condicionado a la demostración de los siguientes extremos, entre otros: a) Título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873, o del documento o instrumento oficial, expedido por autoridad competente, encaminado a acreditar ''su existencia''; b) Títulos de propiedad del opositor, siquiera durante el tiempo suficiente para que se consume la prescripción extraordinaria, a falta de la cadena de títulos desde el original hasta el actual; c) Identificación y localización del globo de terreno amparado por el título emanado del Estado; d) Identificación y ubicación, dentro del primitivo globo de terreno, de la parcela o predio de propiedad del opositor; e) Superposición del área de la propuesta sobre el predio del opositor.

El actor no ha demostrado ninguno de estos extremos, pues, en la demanda, ni siquiera indicó el nombre del globo de terreno que salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, menos aún las lindes, para establecer después, que el nominado ''Potrero Grande'' estaba comprendido dentro de aquél; o si éste hubiese salido del dominio del Estado mediante adjudicación o merced, presentar el correspondiente documento o actuación administrativa para demostrar este hecho fundamental y decisivo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda presentada por el apoderado de Honorato García Díaz.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* remítase testimonio autenticado de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

RESERVA NACIONAL DE MINAS. COADYUVANCIA ADHESIVA.

1. Reserva nacional de algunas minas de metales preciosos. Régimen legal en relación con la oposición a las concesiones de tales minas. 2. Cuál es la naturaleza de la coadyuvancia adhesiva. Ejemplos. 3. La coadyuvancia adhesiva en juicios en que se discute si la mina tiene el carácter de adjudicable o de contratable.

1. Por regla general, las minas de metales preciosos tienen la calidad de adjudicables, a excepción de las de aluvión ubicadas, primero, en el lecho de cualquier río, más tarde restringida a la de los navegables y, por último, según la Ley 13 de 1937, comprende además, una zona de un kilómetro de ancho a cada lado del respectivo río navegable. Estas minas que integran la llamada reserva nacional, no pueden adjudicarse, sino que su laboreo está condicionado a la celebración del respectivo contrato, por cuya circunstancia se las denomina "contratables".

El artículo 1º de la Ley 13 de 1937, en el primer inciso dispuso: "La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicados en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por medio de contratos celebrados con el Gobierno que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado".

En el segundo artículo se definió qué debía entenderse por río navegable; en el tercero se fijó el mínimum del canon de arrendamiento o concesión; en el cuarto establece la libertad de cateo, exploración y explotación de esta clase de minas, con las limitaciones y obligaciones impuestas a los mineros para pagar o caucionar los posibles perjuicios causados a los propietarios del suelo, colonos o arrendatarios, en predios destinados a la agricultura o ganadería, como también faculta al Gobierno "para señalar las zonas en las cuales no puede denunciarse minas de aluvión", cuando estén destinadas a las empresas últimamente mencionadas.

El Decreto número 1343 de 22 de julio de 1937 reglamentó los cuatro primeros artículos de la Ley 13 mencionada; y al efecto, en el artículo 15 del dicho decreto se lee: "En caso de que se presenten varias propuestas sobre una misma zona, el Ministerio de Industrias y Trabajo escogerá dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presentación de la primera propuesta con cuál de los proponentes debe adelantarse la tramitación del negocio, teniendo en cuenta el primer proponente, la calidad de los estudios presentados, las mayores ventajas que se ofrezcan a favor del Estado, la condición de propietario del suelo, la calidad de colono o cultivador, la capacidad financiera de los proponentes y la garantía en la eficacia de la explotación (artículo 19, Decreto 1054 de 1932)". (D. O. Nº 23683, página 199).

La Ley 85 de 1945 reglamentó las oposiciones a las concesiones de minas de la reserva nacional, para lo cual, en primer término, escogida la propuesta más favorable por el Ministerio y publicados los avisos o carteles en la forma ordenada en el inciso 1º del artículo 1º, en los dos siguientes apartes dispone:

"Mientras no hayan transcurrido tres meses, a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse a que se celebre el contrato propuesto, presentando su oposición por escrito ante el Ministerio del ramo o ante la respectiva Gobernación, Intendencia o Comisaría, y acompañando prueba aunque no sea plena, de los fundamentos de su oposición.

"Formulada la oposición, cuando el fundamen-

to de ella fuere la propiedad de los minerales, el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno, para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata. En este juicio será actor el opositor, y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación. Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios".

De lo someramente expuesto, en relación con las minas contratables por hallarse dentro de la zona reservada por la Nación, el propietario del suelo o el colono, en su caso, tienen la facultad, como un vínculo jurídico inherente a la naturaleza del yacimiento, a oponerse a la celebración del respectivo contrato por ser de propiedad privada los metales preciosos, o por hallarse ubicada la mina en una zona de prohibida explotación (inc. 4º, art. 4º, Ley 13 de 1937) o por tener un derecho preferente a la celebración del contrato, como propietario del suelo, según el transcrito artículo 15 del Decreto 1343 de 1937.

2. El artículo 233 del Código Judicial, único sobre la materia de la coadyuvancia adhesiva, en forma bastante imprecisa dispone: "Todo aquél a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

Ante la falta de precisión de la disposición legal, como de las opuestas opiniones surgidas por la misma causa, debe intentarse esclarecer el concepto, ocurriendo a la doctrina de tratadistas; y así, el profesor alemán Alfredo Schonke dice: "Intervención adhesiva es la participación de un tercero en un litigio pendiente entre otras personas, en apoyo de una de ellas, en cuyo éxito tiene un interés jurídico". (Página 99, Derecho Procesal Civil).

El primer concepto que se destaca en la definición es el de tercero, el cual conlleva la exclusión de que el interviniente adhesivo sea parte en el litigio, porque son dos términos contradictorios en función con la misma relación jurídica principal u objeto del litigio; y si no es parte, tampoco debe afirmarse que la sentencia le perjudique o le aproveche, en la forma definida en los artículos 474 y siguientes del Código Judicial, que presupone, entre otros requisitos, el de "que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes"; por consiguiente, si quien coadyuva en un juicio, en favor del actor o del demandado, debe ser un tercero, obviamente se deduce que el respectivo fallo no puede perjudicarle bajo el aspecto de cosa juzgada, sino más bien como una prueba, que afecta a una relación jurídica colateral, vinculada indirectamente a la que es objeto del litigio entre las partes.

El interés legal a que se refiere el artículo 233 del Código Judicial distinto, como se ha dicho, al previsto en los artículos 474 y siguientes del mismo Código, debe hallarse en las disposiciones sustanciales que regulan la materia; así, por ejemplo, se destaca el interés del tercero en el caso previsto en el artículo 1º de la Ley 120 de 1928, que confiere acción indirecta a los acreedores y a cualquier otra persona "que tenga interés en hacer valer la prescripción, podrá utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario. Por tanto, si el deudor es demandado por la reivindicación de un inmueble, el acreedor podrá intervenir en el respectivo litigio para alegar la excepción de prescripción, aun contra la voluntad del deudor demandado, o sea, el fallo que se dicte contra el deudor puede aprovecharle o perjudicarle al acreedor según las normas generales (artículo 2488 del C. Civil). Por tanto, llegado el caso, el acreedor podrá intervenir en el juicio seguido contra su deudor; porque en forma colateral o indirecta, el resultado del litigio afectará a la relación jurídica que tiene con el deudor, según el artículo 2488 y demás disposiciones concordantes del Código Civil.

Los derechos conferidos por los artículos 1451, 2023, 2026, 2120, 2122, etc., del Código Civil a los acreedores del heredero o legatario, del arrendatario o socio presupone la facultad de intervenir en el litigio o juicio respectivo, como en el de sucesión, que en algunos de los dichos casos puede llegar hasta la sustitución de la parte coadyuvada.

En la acción de saneamiento (artículos 1895 a 1901 del C. Civil) el vendedor tiene derecho a intervenir en el juicio promovido contra el comprador por causa anterior a la venta; "pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos" (artículo 1901 del C. Civil).

En las propuestas de contrato, tanto en la Ley 85 de 1945 como en el Código de Petróleos se autoriza al proponente para coadyuvar la causa de la Nación, cuando el propietario del suelo disputa el dominio del subsuelo al Estado; porque en forma indirecta, los derechos del proponente resultarán afectados, favorable o desfavorablemente, por lo menos en teoría, con una

sentencia favorable o adversa a los intereses del Estado, en virtud de la proyectada relación contractual o del contrato perfeccionado, según fuere el caso.

3. En este litigio se discute, directamente, entre el Estado y los demandados, si la mina de oro en aluvión de que aquí se trata, tiene el carácter de adjudicable o de contratable, según la ley. Si la dicha mina debe considerarse como contratable, o sea, que afecta la zona reservada por el Estado, los derechos de la coadyuvante también resultan, indirectamente, afectados en forma favorable, pues en tal supuesto podrá, en primer término, oponerse a la propuesta de contrato como propietaria del subsuelo; en segundo lugar, como propietaria del suelo, demandar la preferencia en la celebración del contrato; y por último, oponerse a la celebración de todo contrato, según lo previsto en el artículo 4º, inciso 4º, de la Ley 13 de 1937. El interés, pues, de la coadyuvante no solamente es jurídico, sino patrimonial también, lo cual justifica su intervención en este proceso, promovido por la Nación a iniciativa de ella.

En el supuesto de que la mina en cuestión se declarara como adjudicable, la coadyuvante no tendría oportunidad de hacer valer los derechos antes enumerados, que son distintos y de una categoría superior a la subsidiaria facultad de hacerse indemnizar los perjuicios causados por la explotación de la mina de aluvión referida, según las normas trazadas en el Código de Minas; luego sí es admisible, en el presente caso, la coadyuvancia adhesiva, impugnada por los demandados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Por auto de 31 de agosto de este año, dictado en el juicio ordinario promovido por la Nación contra Gerardo Roldán y otros, sobre nulidad del título de la mina "La Sombra", a petición del apoderado de los demandados en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 233 del Código Judicial, el señor Magistrado ponente resolvió: "Declárase que la señora Isabel Arias v. de Correa no tiene derecho a intervenir como coadyuvante en el presente juicio, y por consiguiente no se le tendrá como tal en lo sucesivo".

Contra esta providencia interpuso el recurso de súplica el apoderado de la coadyuvante, que se entra a decidir, comenzando por hacer una breve alusión a algunos antecedentes procesales del litigio, para la correcta inteligencia del problema jurídico debatido por los interesados.

I. Antecedentes procesales. 1º El Gobernador de Antioquia expidió el Título número 2º de la mina de oro en aluvión denominada "La Sombra", ubicada en los Municipios de Támesis y Jericó, en favor de Gerardo Roldán Bernal y Jesús Guevara H., con fecha 12 de abril de 1956 (fs. 4 y ss. C. Nº 1º).

2º Mediante escrito de fecha 27 de octubre de 1956, Isabel Arias v. de Correa se dirigió al Ministerio de Minas y Petróleos, para que investigue y establezca, administrativamente, si la mina "La Sombra", por el incumplimiento de ciertos requisitos antes de la expedición del título, se había adjudicado en una zona de la reserva nacional, de acuerdo con la Ley 13 de 1937;

3º Cumplidas las formalidades necesarias, el funcionario del Ministerio de Minas y Petróleos, comisionado para llevar a efecto una inspección ocular, llegó a las siguientes conclusiones: que el río Cauca, en el sector afectado por la mina "La Sombra", es navegable; que la explotación de la dicha mina está dentro de la reserva nacional, una vez que se halla a 350 metros de la orilla izquierda del citado río; "que la mina 'La Sombra' comprende dentro de sus linderos, las haciendas de doña Isabel Arias de Correa ('El Porvenir'); 'La Cortés', propiedad de la familia Arias Fernández; 'Careperro', propiedad de doña Matilde Arias Uribe, y 'La Guamo', propiedad de la familia Botero Arias" (fs. 16 C. Nº 1º).

"b) Que las vegas del río Cauca, son de una gran fertilidad; han sido trabajadas en ganadería y al presente, se están preparando para agricultura con la que se espera de ellas un rendimiento excepcional.

"c) Los trabajos de la mina son completamente rudimentarios y primitivos, por lo cual sólo están extrayendo un 30% del oro de los aluviones" (fs. 16 vto. ib.).

4º En vista de estos resultados, el Gobierno Nacional ordenó al Fiscal del Tribunal Superior de Medellín promoviera el correspondiente juicio ordinario, con el fin de obtener, entre otras, la declaración de que la mina La Sombra está dentro de la zona reservada y, en consecuencia, la nulidad del título expedido por el Gobernador de Antioquia (fs. 63 ib.).

5º Fallado el litigio en primera instancia en favor de la Nación e interpuesto el recurso de

apelación por la parte demandada, vino el expediente a esta Sala para la tramitación de la segunda, dentro de la cual se presentó el incidente sobre oposición a la intervención de la coadyuvante.

6º El apoderado de la parte demandada, en el memorial sobre oposición, en los puntos sustanciales, dice:

"d) Considero que en el presente caso no puede concluírse que la presunta coadyuvante tenga interés jurídico en la litis, aún en la simple hipótesis de que fuera propietaria de todo o parte del terreno donde está ubicada la mina. Se trata, a mi modo de ver, de una cuestión de puro derecho, que debe resolver previamente esa honorable Sala, antes de continuar la tramitación del juicio, pues en nombre de la parte que represento me opongo a que se acepte o se continúe tolerando la intervención coadyuvante de la señora Isabel Arias vda. de Correa.

"Al parecer se trata de una coadyuvancia litisconsorcial activa y se alega que la decisión del proceso va a tener influencia sobre los derechos que le puedan corresponder a la señora Arias vda. de Correa en relación con un predio donde se ha dicho que está situada la mina en todo o parte (repito que esto no se encuentra demostrado). De acuerdo con el artículo 233 del Código Judicial es necesario estudiar si la sentencia que se pronuncie puede aprovechar o perjudicar jurídicamente a la mencionada señora, para de allí colegir si tiene o no interés en el litigio. Y de paso pongo de presente que la jurisprudencia y la doctrina han rechazado el simple interés económico, que no viene al caso" (fs. 1 a 1 vto. C. Nº 8).

Hace luégo un resumen de la súplicas de la demanda, encaminadas a obtener la declaración de que la zona afectada por la mina de aluvión La Sombra, pertenece al Estado, como también la de nulidad del título expedido, para continuar así:

"Y entonces es el caso de preguntar: ¿Cómo puede aprovechar o perjudicar ese fallo, jurídicamente a la señora Arias vda. de Correa? ¿Puede considerarse esta señora con derechos en relación con las reservas mineras del Estado? ¿Existe alguna disposición, privilegio o gracia en virtud de la cual la señora Arias vda. de Correa pueda reclamar de la Nación una parte de los frutos o utilidades eventuales que se han pedido en la demanda? ¿O en el supuesto de que la mina 'La Sombra' no tenga el carácter de adjudicable, la señora Arias vda. de Correa podría entrar a compartir con el Estado las participaciones nacionales si aquella mina se adjudica por contrato? Ninguno de esos interrogantes puede tener respuesta afirmativa" (fs. 1 vto. a 2 ib.).

Expuestos los derechos que, sobre indemnizaciones, confieren las leyes de minería a los propietarios del suelo, el apoderado concluye:

"El fallo que se dicte en este juicio, sea que resulte favorable a las pretensiones de la Nación o a los puntos de vista opuestos de la parte demandada, no afecta para nada la situación jurídica de los dueños del terreno donde se encuentran los yacimientos mineros y mucho menos la situación hipotética de la señora Arias vda. de Correa" (fs. 2 vto. ib.).

7º El mandatario de la coadyuvante, al descorrer el traslado, manifestó:

"El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil autoriza, es cierto, la sustanciación de incidente articulatorio de oposición, a coadyuvancia de terceros, que intenten actuar en litigio ajeno, a pretexto de que, la sentencia, puede perjudicarlos, o ser de provecho. Pero esta oposición a intervenir, tiene su oportunidad procesal. Cuando, el tercero, pretende ser admitido. Si dicho tercero hace la afirmación de interés, para intervenir, sin oposición, y, el tercero, llega a ser recibido mediante providencia judicial, que llegue a contraer el sello de la ejecutoria, el artículo de oposición propuesto con posterioridad a la firmeza del proveído, es inadmisible. Por tanto, la solicitud, de que me estoy ocupando, adolece, entre otras fallas, de ser extemporánea" (fs. 4 vto. ib.).

También alude a las diligencias administrativas adelantadas por su mandante, de las cuales ya se hizo memoria en esta providencia.

8º Además, adjuntó al escrito de contestación copia de la escritura número 1826 de 26 de septiembre de 1956, pasada ante el Notario 7º de Medellín, para demostrar la propiedad del predio "El Porvenir"; asimismo, presentó el certificado de fecha 11 de abril de 1961, expedido por el R. de I. P. y P. de Támesis, en el cual se hace la historia de la propiedad, por lo menos de una parte de ella, desde la citada fecha de la certificación hasta el 5 de febrero de 1929, con la atestación de que Isabel Arias de Correa tiene la calidad de poseedora inscrita del inmueble El Porvenir.

Durante el término de prueba del incidente se hizo la petición de que se tuvieran como pruebas varias actuaciones del juicio, entre otras, las cumplidas prejudicialmente ante el Ministerio de Minas y Petróleos, admitidas mediante auto de

fecha 25 de julio de este año (fs. 2 vto. C. Nº 7 bis).

9º El mismo apoderado, para sustentar el recurso de súplica, cita, primero, las disposiciones que establecieron la reserva sobre las minas de metales preciosos, ubicadas en los lechos de los ríos navegables, para discurrir después así:

"De lo transcrito surge vertical *la prohibición* impuesta por la ley de adjudicar minas de oro y plata en los lechos de los ríos navegables, el Cauca lo es, y en las *'playas del río Cauca, hasta donde alcance en sus mayores crecientes'*. Obrar contra esas prohibiciones expresas de la Ley, como se hizo en el caso que los autos contemplan, *causa nulidad absoluta,* porque atenta contra el orden público. Y la ley confiere a toda persona, sin excepción, facultad de alegarla y oponerla; otorga interés jurídico de pedir a toda persona natural o jurídica, incluso a la que hubiera intervenido en el acto o contrato impugnado de nulidad. Es más: ordena al sentenciador declararla, sin ser alegada por nadie, a fortiori, si lo es. Por tanto, no se puede denegar, a mi comitente, el ejercicio de ese derecho" (fs. 22 C. Nº 8).

Invoca el artículo 5º del Código de Minas para poner de presente que, dada la destinación del predio, los adjudicatarios de la mina La Sombra no cumplieron con las formalidades impuestas en la disposición citada.

En posterior escrito agrega:

"El artículo 1º de la Ley 85 de 1945, inciso 3º en tratándose de minas pertenecientes a la reserva nacional, y la de autos lo es, cuando hay juicio contradictorio entre el particular y la Nación, el oponente, o proponente que, para el caso es igual, 'podrá coadyuvar la causa de la Nación. Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios'.

"De modo que con interpretación a pari, o bien a contrario sensu, si no, directamente, mi comitente, está asistida del derecho incuestionable, de ejercitar la propia iniciativa de coadyuvar, como ha venido haciéndolo.

"Puede decirse que, por expresa autorización legal, tiene el derecho que la providencia le ha denegado, como si se tratara de controversias comunes" (fs. 25 ib.).

Expuestos los antecedentes procesales, juntamente con las alegaciones y argumentos de los interesados, corresponde estudiar si la coadyuvante adhesiva tiene derecho para que se la oiga en tal calidad.

II. Reserva de algunas minas de metales preciosos. Por regla general, las minas de metales preciosos tienen la calidad de adjudicables, a excepción de las de aluvión ubicadas, primero, en el lecho de cualquier río, más tarde restringida a la de los navegables y, por último, según la Ley 13 de 1937, comprende, además, una zona de un kilómetro de ancho a cada lado del respectivo río navegable. Estas minas que integran la llamada reserva nacional, no pueden adjudicarse, sino que su laboreo está condicionado a la celebración del respectivo contrato, por cuya circunstancia se las denomina "contratables".

Si bien en el estado actual del litigio, no se trata de decidir en vista de las pruebas, si realmente la mina de aluvión llamada La Sombra afecta la zona reservada por la Ley 13 de 1937, con todo debe considerarse este extremo como un supuesto de la pretensión de coadyuvancia, con el objeto de estudiar si llena las exigencias del artículo 233 del Código Judicial; y con esta finalidad debe hacerse un breve análisis de los derechos de los interesados, opositores o propietarios del suelo, en función con las disposiciones legales que regulan esta clase de yacimientos.

El artículo 1º de la Ley 13 de 1937, en el primer inciso dispuso: "La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por medio de contratos celebrados con el Gobierno que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado".

En el segundo artículo se definió qué debía entenderse por río navegable; en el tercero se fijó el mínimum del canon de arrendamiento o concesión; en el cuarto establece la libertad de cateo, exploración y explotación de esta clase de minas, con las limitaciones y obligaciones impuestas a los mineros para pagar o caucionar los posibles perjuicios causados a los propietarios del suelo, colonos o arrendatarios, en predios destinados a la agricultura o ganadería, como también faculta al Gobierno "para señalar las zonas en las cuales no puede denunciarse minas de aluvión", cuando estén destinados a las empresas últimamente mencionadas.

El Decreto número 1343 de 22 de julio de 1937 reglamentó los cuatro primeros artículos de la Ley 13 mencionada; y al efecto, en el artículo 15 del dicho decreto se lee: "En caso de que se presenten varias propuestas sobre una misma

zona, el Ministerio de Industrias y Trabajo escogerá dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presentación en (sic) la primera propuesta con cuál de los proponentes debe adelantarse la tramitación del negocio, teniendo en cuenta el primer proponente, la calidad de los estudios presentados, las mayores ventajas que se ofrezcan a favor del Estado, la condición de propietario del suelo, la calidad de colono o cultivador, la capacidad financiera de los proponentes y la garantía en la eficacia de la explotación (artículo 19, Decreto 1054 de 1932)". (D. O. Nº 23683, pág. 199).

La Ley 85 de 1945 reglamentó las oposiciones a las concesiones de minas de la reserva nacional, para lo cual, en primer término, escogida la propuesta más favorable por el Ministerio y publicados los avisos o carteles en la forma ordenada en el inciso 1º del artículo 1º, en los dos siguientes apartes dispone:

"Mientras no hayan transcurrido tres meses, a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse a que se celebre el contrato propuesto, presentando su oposición por escrito ante el Ministerio del ramo o ante la respectiva Gobernación, Intendencia o Comisaría, y acompañando prueba aunque no sea plena, de los fundamentos de su oposición.

"Formulada la oposición, cuando el fundamento de ella fuere la propiedad de los minerales, el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno, para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata. En este juicio será actor el opositor, y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación. Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios".

De lo someramente expuesto, en relación con las minas contratables por hallarse dentro de la zona reservada por la Nación, el propietario del suelo o el colono, en su caso, tienen la facultad, como un vínculo jurídico inherente a la naturaleza del yacimiento, a oponerse a la celebración del respectivo contrato por ser de propiedad privada los metales preciosos, o por hallarse ubicada la mina en una zona de prohibida explotación (inc. 4º art. 4º L. 13 de 1937) o por tener un derecho preferente a la celebración del contrato, como propietario del suelo, según el transcrito artículo 15 del Decreto 1343 de 1937.

III. Coadyuvancia adhesiva. El artículo 233 del Código Judicial único sobre la materia, en forma bastante imprecisa dispone: "Todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

Ante la falta de precisión de la disposición legal, como de las opuestas opiniones surgidas por la misma causa, debe intentarse esclarecer el concepto, ocurriendo a la doctrina de tratadistas; y así, el profesor alemán Adolfo Schonke dice: "Intervención adhesiva es la *participación de un tercero en un litigio pendiente entre otras personas, en apoyo de una de ellas, en cuyo éxito tiene un interés jurídico*" (pág. 99 Derecho Procesal Civil).

El primer concepto que se destaca en la definición es el de *tercero,* el cual conlleva la exclusión de que el interviniente adhesivo sea *parte* en el litigio, porque son dos términos contradictorios en función con la misma relación jurídica principal u objeto del litigio; y si no es parte, tampoco debe afirmarse que la sentencia le perjudica o le aproveche, en la forma definida en los artículos 474 y siguientes del Código Judicial, que presupone, entre otros requisitos, el de "que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes"; por consiguiente si quien coadyuva en un juicio, en favor del actor o del demandado, debe ser un tercero, obviamente se deduce que el respectivo fallo no puede perjudicarle bajo el aspecto de cosa juzgada, sino más bien como una prueba, que afecta a una relación jurídica colateral, vinculada indirectamente a la que es objeto del litigio entre las partes.

El interés legal a que se refiere el artículo 233 del Código Judicial distinto como se ha dicho, al previsto en los artículos 474 y siguientes del mismo Código, debe hallarse en las disposiciones sustanciales que regulan la materia; así, por ejemplo, se destaca el interés del tercero en el caso previsto en el artículo 1º de la Ley 120 de 1928, que confiere acción indirecta a los acreedores y a cualquier otra persona "que tenga interés en hacer valer la prescripción, podrá utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario". Por tanto, si el deudor es demandado por la reivindicación de un inmueble, el acreedor podrá intervenir en el respectivo litigio para alegar la excepción de prescripción, aun contra la voluntad del deudor demandado, o sea, el fallo que se dicte contra el deudor puede aprovecharle o perjudicarle al acreedor según las normas generales (art. 2488 del C. C.). Por tanto, llegado el caso, el acreedor podrá intervenir en el juicio seguido contra su

deudor; porque en forma colateral o indirecta, el resultado del litigio afectará a la relación jurídica que tiene con el deudor, según el artículo 2488 y demás disposiciones concordantes del Código Civil.

Los derechos conferidos por los artículos 1451, 2023, 2026, 2120, 2122, etc., del Código Civil a los acreedores del heredero o legatario, del arrendatario o socio presupone la facultad de intervenir en el litigio o juicio respectivo, como en el de sucesión, que en algunos de los dichos casos puede llegar hasta a la sustitución de la parte coadyuvada.

En la acción de saneamiento (arts. 1895 a 1901 del C. C.) el vendedor tiene derecho a intervenir en el juicio promovido contra el comprador por causa anterior a la venta; "pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos" (art. 1901 del C. C.).

En las propuestas de contrato, tanto en la citada Ley 85 de 1945 como en el Código de Petróleos se autoriza al proponente para coadyuvar la causa de la Nación, cuando el propietario del suelo disputa el dominio del subsuelo al Estado; porque, en forma indirecta, los derechos del proponente resultarán afectados, favorable o desfavorablemente, por lo menos en teoría, con una sentencia favorable o adversa a los intereses del Estado, en virtud de la proyectada relación contractual o del contrato perfeccionado, según fuere el caso.

IV. Conclusión. En este litigio se discute directamente, entre el Estado y los demandados, si la mina nominada La Sombra tiene el carácter de adjudicable o de contratable, según la ley. Si la dicha mina debe considerarse como contratable, o sea, que afecta la zona reservada por el Estado, los derechos de la coadyuvante también resultan, indirectamente, afectados en forma favorable, pues en tal supuesto podrá, en primer término, oponerse a la propuesta de contrato como propietaria del subsuelo; en segundo lugar, como propietaria del suelo, demandar la preferencia en la celebración del contrato; y por último, oponerse a la celebración de todo contrato, según lo previsto en el inciso 4º del artículo 4º de la Ley 13 de 1937.

El interés, pues, de la coadyuvante no solamente es jurídico, sino patrimonial también, lo cual justifica su intervención en este proceso, promovido por iniciativa de ella.

En el supuesto de que la mina La Sombra se declarara como adjudicable, la coadyuvante no tendría oportunidad de hacer valer los derechos antes enumerados, que son distintos y de una categoría superior a la subsidiaria facultad de hacerse indemnizar los perjuicios causados por la explotación de la mina de aluvión La Sombra, según las normas trazadas por el Código de Minas.

Por los motivos expuestos, la Sala revoca el auto suplicado, y, por tanto, reconoce a Isabel Arias de Correa como coadyuvante adhesiva en el presente juicio adelantado por la Nación contra los adjudicatarios de la mina La Sombra.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*

Luis Carlos Zambrano, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

OBLIGACION DE SUSCRIBIR UN INSTRUMENTO. PROCEDIMIENTO PARA HACER CUMPLIR ESTA CLASE DE OBLIGACIONES. ACUMULACION DE ACCIONES.

1. Recursos procesales con que cuenta el acreedor de una obligación de hacer para obtener su efectividad. 2. Vía especial o vía ordinaria cuando el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento. 3. Sentido específico de la palabra "acción" cuando se trata de acumulación de acciones.

1. La ley ha conferido derechos al acreedor de una obligación de hacer para exigir y asegurar el cumplimiento del crédito contraído por el deudor. Y el no pago del prometimiento origina los derechos consagrados en el artículo 1610 del Código Civil, pues conforme a esta disposición, si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, "podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho prometido. 2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo efectuar por un tercero a expensas del deudor. 3ª Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la ineficacia del contrato".

En desarrollo de la anterior norma sustantiva, el Código Judicial consagra procedimientos para tutelar el derecho del acreedor en cuanto al cumplimiento coactivo de las alternativas que allí se le ofrecen. Y, en consecuencia, puede aquél recurrir a las vías procedimentales señaladas en los artículos 990 y 991 del Código Judicial, que le permiten exigir la ejecución forzosa de una obligación de hacer, cuando ella provenga de un título que presta el mérito determinado en el artículo 982 ibídem o a que da lugar una sentencia dictada en juicio contradictorio. En el primer caso, el mandamiento ejecutivo debe contener la prevención de pago, y si no se ejecutare oportunamente aquél la obligación se convertirá en la de resarcir los perjuicios, estimados por el acreedor bajo juramento; en el segundo evento, la ejecución será desde el principio para que se cubra la cantidad en que el acreedor ha estimado los perjuicios o a que la cláusula penal se refiere y de los intereses que se causen hasta el día del pago.

También puede el acreedor, en tratándose de la ejecución del hecho debido, recurrir al procedimiento especial regulado por los artículos 971 a 974 del Código Judicial, normas que abren estas vías para lograr la efectividad de una obligación de tal naturaleza, a saber: pedir al Juez que autorice al acreedor para que él mismo pueda ejecutar el hecho a costa del deudor; pedirle que autorice al acreedor para hacer ejecutar el hecho por un tercero, también a expensas del deudor. De otra parte, puede solicitar el acreedor, cuando el hecho debido consista en la suscripción de un documento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, es decir, en tratándose de hechos jurídicos personalísimos del deudor y cuya ejecución dependa sustancialmente de la voluntad de éste, que el Juez proceda por sí mismo a nombre de aquél, mediante el proceso de ejecución regulado por la Ley 66 de 1945, que tiene como finalidad la de perseguir el cumplimiento de una obligación preestablecida.

De otro lado, cabe agregar que la promesa bilateral de contrato y la unilateral aceptada otorgan al acreedor las acciones alternativas del artículo 1546 del Código Civil, que le permite por la vía ordinaria pedir el cumplimiento del contrato cuando éste es jurídicamente posible y la indemnización de perjuicios moratorios, o bien promover la acción resolutoria del convenio sobre promesa y la conducente a que se le resarza del daño que la resolución le ocasione. Mas conviene advertir que cuando se acude a esta vía ordina-

ria, ha dicho la doctrina que la acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de las dos principales que la ley concede alternativamente para resolver el contrato o hacerlo cumplir, por lo cual no procede su ejercicio aislado. Pero a este respecto debe añadirse que la acción de reparación puede deducirse como principal, en juicio ordinario, cuando ha llegado a ser imposible la exigencia de resolución o cumplimiento del contrato por culpa del deudor, o cuando de conformidad con lo consagrado en el artículo 1610 del Código Civil (regla 3ª) el acreedor opta por la simple reparación. Claro que la acción de reparación de perjuicios puede ejercitarse de modo principal por la vía ejecutiva, en los casos en que a ello hubiere lugar y en tratándose de la efectividad de obligaciones de hacer, según ya se indicó.

2. Se pregunta: ¿en tratándose del cumplimiento de una obligación de hacer, cuya prestación tenga por objeto la suscripción de un instrumento por parte del deudor, es único medio para alcanzar la efectividad del hecho debido el juicio especial de que trata el título 31 del Libro 2º del Código Judicial, o puede exigirse también su cumplimiento a través de la ejecución del fallo respectivo con que finaliza el juicio ordinario donde se ventiló la existencia de aquella obligación?

La Corte en sentencia de casación proferida el 16 de marzo de 1953 (G. J. LXXIV, 395 ss.) señaló el alcance que debe dársele a la norma del artículo 1º de la Ley 66 de 1945, en relación con el punto antes planteado, al expresar en sus apartes fundamentales:

"La legislación anterior a la Ley 66 de 1945, no había previsto que pudiera suplirse, dentro de una sana economía procesal, la voluntad de un obligado renuente, cuya obligación tuviera por objeto nada más que otorgar un instrumento; prestación que, como es obvio, resulta susceptible de cumplimiento directo o, como si se dijera, en especie. Entonces, con el mismo criterio con que el Código Civil suple la falta de voluntad del deudor cuyos bienes se rematan, o venden por ministerio de la justicia, en el acto jurídico de la correspondiente tradición (C. C. art. 741, inciso 3º) con la ficción jurídica de que el Juez lleva su representación legal (y se dice ficción porque se trata de una representación fuera de toda idea de incapacidad legal o de mandato, únicas fuentes reales de la misma), así también el legislador ha podido ordenar que el Juez reemplace al deudor cuya obligación consiste solamente en emitir un documento público o privado, cuando aquél pretenda negarse a eso específicamente.

"Y por cuanto el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 vino a colmar ese vacío de la legislación anterior de manera implícita, completó tanto la tramitación del procedimiento especial regulado por todo el título 31 del Libro 2º del Código Judicial... cuanto, en forma muy sabia por lo práctica, las disposiciones relativas a la ejecución de las sentencias.

"Porque en el caso de que se haya seguido un juicio ordinario o declarativo que verse sobre la obligación de otorgar un instrumento público, no se ve la razón para reservar la ejecución sometiéndola a nuevo trámite separado, en juicio especial, cuando las partes son las mismas y entre ellas se declaró la obligación por las más amplias del juicio ordinario.

"De ahí que el artículo 550 del Código Judicial exprese: en el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia.

"Ahora bien: para saber si la ejecución de un fallo requiere o no de otro juicio aparte, basta atender a la naturaleza del proceso. Si la acción tiende a que se reconozca un derecho cuya obligación correlativa es susceptible de cumplimiento en especie, o sea, en vía directa, estaría de más la tramitación del juicio ejecutivo que sólo sirviera para llevar a la práctica aquella decisión...

"Por tanto, cuandoquiera que se presente la necesidad de cumplir con una obligación de hacer, cuya prestación tenga por objeto suscribir un instrumento y nada más, se puede acudir al Juez para que supla la voluntad del renuente, ya sea por medio de un juicio especial como el que se tramita de acuerdo con el Título 31 del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil, ya sea a través de la ejecución del respectivo fallo con que finaliza el juicio ordinario donde se ventiló la existencia de aquella obligación".

3. Propiamente no hubo acumulación de acciones en el presente caso, porque este fenómeno, previsto en el artículo 209 del Código Judicial, se refiere a las acciones sustanciales o pretensiones de las partes; porque si bien se habla de acción ordinaria o acción especial o de acción ejecutiva, en realidad este modo impropio de expresarse se refiere a la vía ordinaria, especial o ejecutiva, señalada en el Código de Procedimiento, en desarrollo de las acciones sustanciales conferidas por el Código Civil.

Si un acreedor hipotecario deja prescribir la acción ejecutiva, en el juicio ordinario, además de pedir la condena del deudor, nada se opondría a que suplicara la declaración de que el cumplimiento de la obligación podría hacerse efectivo en la forma prevista en los artículos 1189 y siguientes del Código Judicial sin que por esto pudiera afirmarse que está acumulando, indebidamente, la llamada acción hipotecaria con la personal de condena.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos sesenta y uno).

(Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano).

El apoderado judicial de Francisco Hernández en libelo presentado ante el Tribunal Superior de Manizales el 4 de marzo de 1954, promovió demanda contra el Departamento de Caldas a fin de que por los trámites de un juicio ordinario y con audiencia del Gobernador de dicha entidad de derecho público, se hicieran estas declaraciones:

"*Primera.* El Departamento de Caldas no ha cumplido hasta hoy, y se encuentra en mora de cumplir, las obligaciones que contrajo para con mi poderdante Francisco Hernández R. de escriturarle los dos solares que se dejan determinados en el hecho I de esta demanda, no obstante haber cumplido Hernández R., de su parte, las obligaciones que le impone el contrato celebrado con el mismo Departamento el día quince de mayo de mil novecientos cuarenta.

"*Segunda.* Como consecuencia de la anterior declaración, el Departamento de Caldas queda obligado a otorgar a favor de Francisco Hernández R., en el término que se fije en la sentencia, escritura pública de los dos solares de que se trata, siendo de cargo de Hernández R. los gastos que demande dicha escritura.

"*Tercera.* Si el Departamento de Caldas no cumple lo ordenado en el punto anterior, en el término que se fije, la escritura en referencia la otorgará el Tribunal Superior, por intermedio del señor Magistrado Ponente, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

"*Cuarta.* Son de cargo del Departamento demandado los perjuicios de la mora, cuyo valor se fijará en la sentencia, y de no haber base para determinarlos, se hará su cuantiación en la forma prescrita en el artículo 553 del Código Judicial".

Como hechos fundamentales de la acción anota el libelista los que a continuación se resumen, así: Entre Hernández R. y el Departamento de Caldas, éste último representado por el Jefe de la Sección de Fenecimientos de la Contraloría Departamental, se celebró el 15 de mayo de 1940 un contrato en virtud del cual la aludida entidad dio en arrendamiento a Hernández, por el término de dos años, los solares números 9 y 10 de la manzana número 73, ubicados en la población de La Dorada y comprendidos dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, con el solar número 4 escriturado a Jovita Arias y con el solar número 14 que ocupa José Isaza; por el Sur, con la calle segunda; por el Oriente, con el solar número 5 que ocupa Justiniano Garizábalo; y por el Occidente, con el solar número 11 escriturado a Ernesto Ocampo". Como canon de arrendamiento se estipuló el de cuarenta pesos, o sea el de veinte pesos por cada solar, canon que Hernández pagó en dos contados y de conformidad con los términos del convenio. De acuerdo con lo pactado, Hernández también se comprometió a edificar una casa en los solares objeto del arrendamiento y dentro del plazo fijado para la duración del mismo, edificación que debía levantar con sujeción a normas que ese contrato señala y conforme a sus capacidades económicas. A su turno, el Departamento de Caldas se obligó a hacerle a Hernández escritura de estos dos solares, una vez cumplidos los deberes que se le imponen, sin ningún otro desembolso, salvo los gastos del otorgamiento del título que serán a cargo de Hernández. El actor ha cumplido plenamente las obligaciones derivadas del contrato en cuestión, más no ha logrado que el Departamento cumpla el compromiso de otorgarle la correspondiente escritura de traspaso de los aludidos inmuebles. Para solucionar ésta y otras situaciones similares, la entidad demandada creó una junta encargada de la titulación de tales terrenos en La Dorada, la cual, lejos de atender al cumplimiento de los contratos vigentes al respecto, pretende que los adjudicatarios paguen los solares al precio actual, "precio que ha venido a ser mucho mayor, tanto por la desvalorización de la moneda como por los esfuerzos que hicieron esos vecinos para poner los lotes en estado de servicio, muchas veces con ingentes gastos hechos de su propio peculio".

Con el libelo principal se acompañaron estos documentos: poder conferido por Hernández al abogado demandante; el documento privado que origina y fundamenta la acción propuesta; y, finalmente, el recibo de pago del último canon de arrendamiento.

Admitida la demanda en providencia de doce de marzo de 1957, y surtido el traslado de rigor, el apoderado de la entidad querellada lo contestó en términos que, aunque implican el reconocimiento de la existencia del contrato, impugnan la validez legal del mismo en atención a estos motivos: porque la persona que suscribe ese documento no tiene la representación del Departamento de Caldas y, menos aún, para comprometerlo en actos limitativos o dispositivos de sus bienes raíces; porque el Gobernador, representante legal de esa entidad de derecho público en asuntos administrativos y judiciales, no puede delegar esa representación sino por medio de poder conferido por escritura pública, pues se trata de una promisión para transferir el dominio de bienes inmuebles; finalmente, porque no se observaron los trámites prescritos por el Código Fiscal Departamental para la celebración de tal acto jurídico. Se agrega en el referido escrito que Hernández no ha comprobado el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Propuso allí, además, las excepciones de "ineficacia del documento en que basa el actor su demanda", "carencia de causa de la obligación que se demanda" y, en subsidio, las de prescripción e inepta demanda.

Cumplida la etapa probatoria del juicio con ordenamiento y práctica de las probanzas solicitadas por la parte actora, se continuó rituando el negocio hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, la cual fue proferida el 4 de julio de 1958.

Considera el Tribunal del conocimiento que en el evento *sub judice* se advierte la falta del presupuesto procesal denominado demanda en forma, que "inhibe al juzgador para entrar a decidir el fondo del negocio", y el cual para el caso en estudio consiste en "la indebida acumulación de acciones practicada por el actor en su demanda al suplicar, en forma concurrente, declaraciones que implican el ejercicio de acciones previstas por la ley de diversos procedimientos". Y en sustento de esa tesis expresa: "así, si es procedente la vía ordinaria para demandar el apremio al deudor para la ejecución del hecho y para la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (reglas 1ª y 3ª, artículo 1610), en cambio, cuando la acción se encamina a dar autorización al acreedor para hacer ejecutar el hecho debido por una tercera persona a expensas del deudor (regla 2ª, artículo 1610) o para que el juez competente proceda, a nombre del deudor, a suscribir un instrumento o a constituír una obligación considerados como hechos debidos (artículo 1º Ley 66 de 1945), el procedimiento especial reglamentado por el título 31 del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil es el adecuado para la ejecución de estas acciones".

La sentencia con fundamento en esas consideraciones, resuelve: "*Primero.* No es el caso de efectuar ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda. *Segundo.* Las costas del juicio son de cargo del demandante".

Contra el aludido fallo interpuso oportunamente recurso de apelación la parte demandante, en virtud de lo cual ha llegado el asunto a esta Sala y recibido aquí la tramitación correspondiente, quedando en esa forma preparado para recibir esta decisión.

Antes de determinar si el instrumento traído a los autos reúne las condiciones que según el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 se requieren para que la promesa de contrato produzca los efectos civiles y los que el prometiente o ambas partes buscan al realizarla, importa esclarecer otras cuestiones jurídicas y procesales de necesario análisis para el mejor entendimiento y solución del caso debatido.

Según documento privado extendido en La Dorada y datado el 15 de mayo de 1940, Carlos Vásquez, en su calidad de Jefe de la Sección de Fenecimiento de la Contraloría del Departamento de Caldas y en representación de esta última entidad de derecho público por autorización contenida en el Decreto número 35 del citado año, que expidió la Gobernación de dicho Departamento, dio en arrendamiento a Francisco Hernández, por el término de dos años contados a partir de la fecha del documento, dos solares ubicados en esa población y alindados como se indica en tal escrito. Se fijó como canon de arrendamiento el de cuarenta pesos ($ 40.00), o sea el de veinte pesos ($ 20.00) por cada solar, de los cuales ya se había cubierto el primer contado, debiendo pagar Hernández los veinte pesos restantes en la Sindicatura del Hospital de La Dorada el 15 de mayo de 1941. El texto literal de las dos cláusulas siguientes es éste: "*Tercero.* El arrendatario se obliga para con el Departamento de Caldas a edificar en estos dos solares y en los dos años de plazo de este contrato, una casa de habitación, de acuerdo con sus capacidades económicas, pero que en todo caso reúna las reglas generales sobre higiene; a cubrir con paredes de concreto o de otro material estable, no menores de dos metros de alto, los frentes del predio que den sobre las calles públicas y que no pueda edificar; a mantener estos solares limpios y aseados, para evitar todo foco de infección, arborizando

los frentes de ellos que den sobre las calles con árboles que serán puestos a distancia conveniente; y a sujetarse en lo demás a las disposiciones sobre ornato y policía local. *Cuarto.* El Departamento, de su parte, se obliga a hacer a Hernández escritura de estos dos solares, una vez cumplidos los deberes que se le imponen, sin ningún otro desembolso, salvo los gastos del otorgamiento del título que serán de cargo del mismo arrendatario. Pero si no edifica, o retarda el pago del segundo contado, o abandona los solares, el mismo Departamento procederá a ocuparlos sin ninguna otra formalidad previa, y sin obligación de reconocer indemnización alguna".

Se trata en el evento *sub judice,* según se desprende de los términos del documento privado en mención, de un acto convencional en virtud del cual se han unido por voluntad de las partes dos contratos divisibles entre sí, a saber: el de arrendamiento de unos solares y el de promesa de celebración de un convenio futuro. Y la promisión de efectuar el pacto indicado en ese documento, promesa de contrato que es distinta del contrato ofrecido y en virtud de la cual las partes contrajeron obligación de hacer, o sea, la de contratar, tiene el carácter de una convención bilateral, pues tal naturaleza le imprime la circunstancia de que dichas partes se hayan obligado recíprocamente, dentro de las condiciones pactadas. En efecto, se indica en el prometimiento que el Departamento de Caldas "de su parte, se obliga a hacerle a Hernández escritura de estos dos solares (los determinados en este mismo documento), una vez cumpla los deberes que se le imponen, sin ningún otro desembolso, salvo los gastos del otorgamiento del título...".

Ahora bien: la ley ha conferido derechos al acreedor de una obligación de hacer para exigir y asegurar el cumplimiento del crédito contraído por el deudor. Y el no pago del prometimiento origina los derechos consagrados en el artículo 1610 del Código Civil, pues conforme a esta disposición, si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, "podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho prometido. 2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo efectuar por un tercero a expensas del deudor. 3ª Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la ineficacia del contrato".

En desarrollo de la anterior norma sustantiva, el Código Judicial consagra procedimientos para tutelar el derecho del acreedor en cuanto al cumplimiento coactivo de las alternativas que allí se le ofrecen. Y, en consecuencia, puede aquél recurrir a las vías procedimentales señaladas en los artículos 990 y 991 del Código Judicial, que le permiten exigir la ejecución forzosa de una obligación de hacer, cuando ella provenga en un título que presta el mérito determinado en el artículo 982 ibídem o a que da lugar una sentencia dictada en juicio contradictorio. En el primer caso, el mandamiento ejecutivo debe contener la prevención de pago, y si no se ejecutare oportunamente aquél la obligación se convertirá en la de resarcir los perjuicios, estimados por el acreedor bajo juramento; en el segundo evento, la ejecución será desde el principio para que se cubra la cantidad en que el acreedor ha estimado los perjuicios o a que la cláusula penal se refiere y de los intereses que se causen hasta el día del pago.

También puede el acreedor, en tratándose de la ejecución del hecho debido, recurrir al procedimiento especial regulado por los artículos 971 a 974 del Código Judicial, normas que abren estas vías para lograr la efectividad de una obligación de tal naturaleza, a saber: pedir al Juez que autorice al acreedor para que él mismo pueda ejecutar el hecho a costa del deudor; pedirle que autorice al acreedor para hacer ejecutar el hecho por un tercero, también a expensas del deudor. De otra parte, puede solicitar el acreedor, cuando el hecho debido consista en la suscripción de un documento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, es decir, en tratándose de hechos jurídicos personalísimos del deudor y cuya ejecución dependa substancialmente de la voluntad de éste, que el Juez proceda por sí mismo a nombre de aquél, mediante el proceso de ejecución regulado por la Ley 66 de 1945, que tiene como finalidad la de perseguir el cumplimiento de una obligación preestablecida.

De otro lado, cabe agregar que la promesa bilateral de contrato y la unilateral aceptada otorgan al acreedor las acciones alternativas del artículo 1546 del Código Civil, que le permiten por la vía ordinaria pedir el cumplimiento del contrato —cuando ésto es jurídicamente posible— y la indemnización de perjuicios moratorios, o bien promover la acción resolutoria del convenio sobre promesa y la conducente a que se le resarza del daño que la resolución le ocasione. Mas conviene advertir que cuando se acude a esta vía ordinaria, ha dicho la doctrina que la acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de las dos principales que la ley concede alternativamente para resolver el contrato o hacerlo cumplir, por lo cual no procede su

ejercicio aislado. Pero a este respecto debe añadirse que la acción de reparación puede deducirse como principal, en juicio ordinario, cuando ha llegado a ser imposible la exigencia de resolución o cumplimiento del contrato por culpa del deudor, o cuando de conformidad con lo consagrado en el artículo 1610 del Código Civil (regla 3ª) el acreedor opta por la simple reparación. Claro que la acción de reparación de perjuicios puede ejercitarse de modo principal por la vía ejecutiva, en los casos en que a ello hubiere lugar y en tratándose de la efectividad de obligaciones de hacer, según ya se indicara.

En el caso de autos, Hernández demandó por la vía ordinaria al Departamento de Caldas para que se hiciese la declaración de que dicha entidad no ha cumplido las obligaciones contraídas en la ya aludida promesa de contrato, no obstante que el querellado ha dado cumplimiento a las recíprocas prestaciones allí pactadas, y también el actor solicitó en ese libelo, una vez establecida la certeza de su derecho, se condenase al prometiente deudor al otorgamiento de la escritura pública correspondiente y al pago de los perjuicios causados por el retardo culpable. Y como el problema litigioso entraña una controversia en que se discute la situación antijurídica atribuída a la entidad de derecho público demandada por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato bilateral de promesa, y la solución de esa disputa impone el conocimiento y determinación de las causas alegadas por el demandado para que no se hubiese cumplido ese prometimiento, es claro que tales acciones se han ejercitado por la senda procesal adecuada, o sea, por los trámites del juicio ordinario.

También contiene el libelo la súplica, formulada en forma condicional, de que si el Departamento demandado no cumple la obligación dentro del término que le señale la sentencia, el hecho debido (suscripción de la escritura) se ejecute por conducto de la autoridad judicial que conoce del negocio. Sostiene el fallador de primer grado que el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 consagra un medio procesal nuevo, una acción concedida a los acreedores de determinadas obligaciones de hacer para obtener su cumplimiento, la cual es necesario, en todo caso, decidir y tramitar mediante el juicio especial por separado que prevén los artículos 971 a 974 del Código Judicial. De ahí deduce el tribunal sentenciador que en el evento *sub judice* se presenta la falta del presupuesto procesal denominado demanda en forma, por cuanto "el demandante al acumular acciones de diferentes procedimientos quebrantó el requisito segundo del artículo 209, según el cual, las acciones conjuntamente invocadas han de poderse sustanciar en la misma cuerda por su unidad de procedimiento".

Para resolver sobre la carencia del presupuesto procesal de demanda en forma deducido en la sentencia apelada y determinado por el vicio insubsanable del libelo que allí se anota, el cual sólo podría dar lugar a la inhibición del juzgador para fallar en el fondo el negocio sin pronunciar decisión favorable o desfavorable a las pretensiones del actor, debe esclarecerse esta cuestión básica: en tratándose del cumplimiento de una obligación de hacer, cuya prestación tenga por objeto la suscripción de un instrumento por parte del deudor, ¿es único medio para alcanzar la efectividad del hecho debido el juicio especial de que trata el título 31 del Libro 2º del Código Judicial, o puede exigirse también su cumplimiento a través de la ejecución del fallo respectivo con que finaliza el juicio ordinario donde se ventiló la existencia de aquella obligación?

La Corte en sentencia de casación proferida el 16 de marzo de 1953 (G. J. T. LXXIV, pág. 395 y ss.) señaló el alcance que debe dársele a la norma del artículo 1º de la Ley 66 de 1945, en relación con el punto antes planteado, al expresar en sus apartes fundamentales: "... Aplicando las reglas dialécticas a la cuestión que se considera, debe investigarse si hay, en el Código de Procedimiento Civil, principios generales de derecho indicativos de que el citado artículo 1º de la Ley 66 de 1945, viniera a colmar un vacío de la legislación, respondiendo a la necesidad de darle mayor eficacia a los derechos emanados de las disposiciones sustantivas, más bien que perfeccionar normas simplemente procedimentales. Si la respuesta fuere afirmativa, mal podría limitarse el alcance del artículo comentado, por razón única del orden resultante del sitio de su escritura... La legislación anterior a la Ley 66 de 1945, no había previsto que pudiera suplirse, dentro de una sana economía procesal, la voluntad de un obligado renuente, cuya obligación tuviera por objeto nada más que otorgar un instrumento; prestación que, como es obvio, resulta susceptible de cumplimiento directo, o, como si se dijera, *en especie*. Entonces, con el mismo criterio con que el Código Civil suple la falta de voluntad del deudor cuyos bienes se rematan, o venden por ministerio de la justicia, en el acto jurídico de la correspondiente tradición (C. C. art. 741, inciso 3º) con la ficción jurídica de que el Juez lleva su representación legal (y se dice ficción porque se trata de una representación fuera de toda idea de incapacidad legal o de mandato, únicas fuentes reales de la misma), así

también el legislador ha podido ordenar que el Juez reemplace al deudor cuya obligación consiste solamente en emitir un documento público o privado, cuando aquél pretenda negarse a eso específicamente.

"Y por cuanto el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 vino a colmar ese vacío de la legislación anterior de manera implícita complementó tanto la tramitación del procedimiento especial regulado por todo el título 31 del Libro 2º del Código Judicial... cuanto, en forma muy sabia por lo práctica, las disposiciones relativas a la *ejecución de las sentencias.*

"Porque en el caso de que se haya seguido —como en el ejemplo presente que viene de Santa Rosa— un juicio ordinario o declarativo que verse sobre la obligación de otorgar un instrumento público, no se ve la razón para reservar su ejecución sometiéndola a nuevo trámite separado, en juicio especial, cuando las partes son las mismas y entre ellas se declaró la obligación por las más amplias del juicio ordinario.

"De ahí que el artículo 550 del Código Judicial exprese: en el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera instancia.

"Ahora bien: para saber si la ejecución de un fallo requiere o no de otro juicio aparte, basta atender a la naturaleza del proceso. Si la acción tiende a que se reconozca un derecho cuya obligación correlativa es susceptible de cumplimiento *en especie,* o sea en vía directa, estaría de más la tramitación del juicio ejecutivo que sólo sirviera para llevar a la práctica aquella decisión. De la misma manera sobran los juicios ejecutivos en las hipótesis previstas por el artículo 551 del Código Judicial: 'Cuando a virtud de sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procede a ponerlo en posesión material de la misma, sin necesidad de nuevo juicio'. De igual modo se procede si la cosa es mueble, pero en este caso, si no puede ser habida, debe seguirse por separado el correspondiente juicio ejecutivo.

"Lo anterior demuestra claramente que la ley hace innecesario promover, por separado, juicio ejecutivo, cuando la obligación que emana de la sentencia, puede cumplirse directamente o en especie.

"Volviendo al problema de autos resulta que la obligación reconocida por la sentencia se reduce al otorgamiento de un título que es la escritura pública de enajenación que debe hacerle don Enrique Zambrano a su hermana Josefina, de conformidad con los antecedentes del mismo pleito. Por tanto, se está exactamente en la misma hipótesis en que la sentencia hubiera reconocido la obligación de entregar al demandante una cosa mueble o inmueble, como lo prevé el artículo 551 arriba citado. Y la razón última viene a constituírla el conocido precepto de hermenéutica de que, donde hay la misma razón de hecho, debe haber la misma disposición de derecho.

"Esa misma lógica no permite deducir, de la mera circunstancia de haberse mandado colocar el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 a continuación del artículo 974 del Código Judicial una restricción para que se haga valer solamente a través del procedimiento especial allí previsto. Por el contrario: el alcance del precepto, supuesta su armonía y concordancia con otras normas de la legislación procesal arriba explicadas, impone al intérprete reconocer eficacia sustantiva al precepto mismo, más allá de ese criterio estrecho e inadmisible, resultante de un mal entendido y peor aplicado argumento *ad ordine*... Por tanto, cuandoquiera que se presente la necesidad de cumplir con una obligación de hacer, cuya prestación tenga por objeto suscribir un instrumento y nada más, se puede acudir al Juez para que supla la voluntad del renuente, ya sea por medio de un juicio especial como el que se tramita de acuerdo con el título 31 del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil, ya sea a través de la ejecución del respectivo fallo con que finaliza el juicio ordinario donde se ventiló la existencia de aquella obligación".

Además el actor en este caso solamente ejercitó una acción personal, en relación con el cumplimiento de una obligación, aun cuando, en las súplicas de la demanda, estableció cierta gradación, porque, en la primera, impetró una doble declaración: que el Departamento de Caldas no había cumplido las obligaciones contraídas, a la vez que solicitó la declaración de que él sí las había cumplido; en la segunda, obtenida la certeza de su derecho, ejercitó la acción de condena, para que se obligue al Departamento a otorgarle la escritura; y en fin, condenado el Departamento, solicitó la declaración de que el cumplimiento o ejecución de la obligación se podría llevar a efecto en la forma reglamentada por la Ley 66 de 195, en el supuesto, bastante improbable, de que el Gobernador se negara a cumplir en forma voluntaria con la presente sentencia.

Por consiguiente, propiamente, no hubo acumulación de acciones, porque este fenómeno, previsto en el artículo 209 del Código Judicial, se refiere a las acciones sustanciales o pretensiones

de las partes, porque si bien se habla de acción ordinaria o acción especial o de acción ejecutiva, en realidad este modo impropio de expresarse se refiere a la vía ordinaria, especial o ejecutiva, señalada en el Código de Procedimiento, en desarrollo de las acciones sustanciales conferidas por el Código Civil.

Si un acreedor hipotecario deja prescribir la acción ejecutiva, en el juicio ordinario, además de pedir la condena del deudor, nada se opondría a que suplicara la declaración de que el cumplimiento de la obligación podría hacerse efectivo en la forma prevista en los artículos 1189 y siguientes del Código Judicial sin que por éste pudiera afirmarse que está acumulando, indebidamente, la llamada acción hipotecaria con la personal de condena.

Ahora, si la ejecución debe hacerse dentro de este mismo proceso, o en otro, según lo previsto en los artículos 549 y siguientes del Código Judicial, es cuestión que actualmente no corresponde decidir.

Lo anterior demuestra con evidencia que el Tribunal sentenciador estuvo desacertado al deducir la falta de presupuesto procesal de demanda en forma.

Si se atiende a los términos del documento privado que sirve de fundamento a la presente demanda, se advierte que el prometimiento de celebrar un pacto futuro está unido a un contrato de arrendamiento. En efecto, para este último se fijan: objeto, plazo de duración, precio del alquiler de los dos solares arrendados y fecha de los pagos de los cánones convenidos. Y en cuanto al otro convenio se estipula que el promitente arrendador se obliga a "hacerle a Hernández escritura de estos dos solares", sin ningún otro desembolso, si dicho arrendatario, dentro del plazo de dos años de duración de aquél contrato, edifica en esos inmuebles casa de habitación y realiza otras obras especificadas en la aludida convención.

Por tanto, se trata de una promesa unida a un arrendamiento, pero sin que entre esos contratos exista necesaria indivisibilidad, no obstante que para su celebración se recurriera a un mismo documento que los contiene.

Ahora bien: para que la promesa de celebrar un contrato sea fuente jurídica de obligaciones, debe ella ajustarse en su celebración a las formalidades prescritas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. En el presente caso, además de cumplirse la primera de las condiciones especiales exigidas por dicha norma para que la promesa produzca sus efectos civiles, o sea, que conste por escrito, se reúnen también las otras circunstancias allí previstas.

En efecto, el acto mediante el cual se promete la celebración del futuro contrato se ha sometido a dicha solemnidad, pues viene consignado el convenio en documento privado suscrito por ambas partes, si bien es de advertir que en nombre de la entidad de derecho público prometiente lo firma el señor Carlos Vásquez, a la sazón Jefe de la Sección de Fenecimiento del Departamento en cuestión, y en tal calidad representante de aquella persona jurídica. Y de comprobaciones procesales resulta que en dicho funcionario había delegado el Gobernador de Caldas la facultad de representar a la mencionada entidad departamental para la celebración de contratos de esta naturaleza, según se desprende con evidencia del Decreto número 35 expedido por aquél el 16 de enero de 1940 (fls. 5 v. y s.s. del C. Nº 2), el cual expresa, además, que en el ejercicio de la indicada representación ese funcionario se sometería a las condiciones que allí se señalan para el otorgamiento de los contratos de promesa referentes a los terrenos "que actualmente tiene el Departamento en la cabecera del Municipio de La Dorada", contratos que, de otra parte, "se ceñirían a las pólizas que para ese fin adopte la Gobernación". Obsérvase que las condiciones a que alude el Decreto en mención son las mismas que se estipularon en el prometimiento objeto del presente juicio, según se deduce con certeza de la confrontación de las respectivas cláusulas convencionales de la promesa con los ordenamientos pertinentes contenidos en el memorado Decreto gubernamental. En el *literal* b) del artículo 1º de este último se expresa, como se convino en la promesa, "que el arrendatario debe obligarse en forma expresa a construír en el lote una casa de habitación, de acuerdo con sus capacidades pecuniarias, pero que en todo caso consulte las reglas sobre higiene, durante el término del arrendamiento, que será de dos años fijos e improrrogables. Si el arrendatario deja de cumplir sus obligaciones, restituirá el predio al Departamento sin indemnización, y si no hace la entrega, queda el Departamento con pleno derecho a ocuparlo, sin otra formalidad". Luego en los artículos subsiguientes se prevé la forma de fijar el canon de los lotes arrendados, según sus clases o categorías, fecha de pago, etc., para disponer en su artículo 5º: "Todo quien reciba en arrendamiento un lote y cumpla en debida forma sus obligaciones, tiene derecho a que por el Departamento se le otorgue escritura del sue-

lo, sin ningún otro desembolso, salvo los gastos de escritura que será siempre de cargo del arrendatario".

En la circunstancia de que el Gobernador en mención no hubiera delegado la representación del Departamento en este negocio por medio de poder conferido por escritura pública, debiendo proceder en tal forma por tratarse de promesa para traspasar el dominio de bienes inmuebles, radica la otra tacha formulada por la parte demandante a la validez del convenio. Pero el argumento carece de eficacia jurídica si se considera que la promesa de contrato es distinta del contrato prometido; aquélla engendra obligación de hacer, o sea, la de prestarse a la celebración del pacto futuro, obligación que es diversa de la de hacer la tradición determinada por el contrato que se celebre en ejecución de la promesa.

De conformidad con claros preceptos constitucionales y legales, el órgano natural para actuar en el campo contractual y en lo que dice relación a los Departamentos, es el Gobernador. A éste corresponde la función constitucional de dirigir la acción administrativa del Departamento. El numeral 3º del artículo 59 del Acto Legislativo número 3 de 1910 le confería la representación del Departamento en lo político y en lo administrativo. Y el artículo 194 de la Constitución Nacional consagra como atribución del Gobernador (3º) la de "llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y judiciales, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley". En los documentos traídos al proceso aparece en forma clara y expresa la autorización del Gobernador para que el funcionario de la Contraloría ya mencionado firmara el documento de promesa.

En cuanto atañe a otro de los requisitos exigidos por la ley para efectividad del prometimiento, es decir, que "contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato" se observa que en el documento en análisis a la obligación de contratar allí determinada, como a la de edificar de que trata el mismo instrumento privado, se les señala el plazo de dos años para su cumplimiento. Y precisamente el acreedor demandante suplica en el libelo principal la declaración de que la entidad de derecho público querellada sea obligada a cumplir lo pactado, por cuanto la obligación se hizo exigible por vencimiento del término convenido y porque dentro del mismo el actor Hernández ejecutó las prestaciones derivadas del pacto en cuestión. La promesa de contrato da acción para obtener que se cumpla aquello de acuerdo con lo convenido.

Para acreditar el anotado extremo de la litis se llevó a cabo una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos, en el inmueble objeto del contrato de promesa. De acuerdo con las constancias dejadas en el Acta de dicha vista de ojos se estableció, después de haberse procedido a la identificación de tales terrenos, que en ellos existe una edificación compuesta de seis piezas, pisos de cemento, techos de zinc, provista de todos los servicios de luz, alcantarillado y acueducto. Y el fundamentado dictamen pericial llega a esta conclusión: "Que es cierto, se han cumplido en todo, por parte del señor Hernández, en forma satisfactoria, las obligaciones que le fueron impuestas en el mismo contrato (el de 15 de mayo de 1940), esto es, edificar en los solares y en los dos años de plazo, una casa de habitación de acuerdo con sus capacidades económicas y que reúna las reglas generales sobre higiene, a cubrir en ferro-concreto o material estable, no menores de dos metros de alto, los frentes del predio que dan sobre las calles públicas o solares aledaños; a mantener estos solares limpios y aseados para evitar todo foco de infección, arborizando el frente sobre la calle con árboles colocados a distancia conveniente y que se ha sujetado en lo demás a las disposiciones sobre ornato y policía local".

De otra parte, el prometimiento no peca por falta de alguno de los requisitos estatuídos en el artículo 1502 del Código Civil, y el contrato está bien determinado y designado de modo inequívoco lo que es objeto del contrato prometido.

Como este fallo hace el pronunciamiento de la existencia y validez de la promesa de celebrar un contrato, señalándole al deudor el plazo dentro del cual debe cumplir las obligaciones que se desprenden de dicho prometimiento, no es el caso de hacer declaración que implique responsabilidad deducida en función del retardo culpable, ni decretar, por lo tanto, la indemnización moratoria por perjuicios que no se han demostrado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Manizales con fecha 4 de julio de 1958 y, en su lugar, decide la causa así:

1º El Departamento de Caldas está obligado a otorgar a favor de Francisco Hernández, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de este fallo, escritura pública de traspaso de los

solares distinguidos con los números 9 y 10, de la manzana número 73 de la población de La Dorada, alindados así: "Por el Norte con el solar número 4 escriturado a Jovita Arias y con el solar número catorce que ocupa José Isaza; por el Sur, por la calle segunda; por el Oriente, con el solar número cinco que ocupa Justiniano Garizabalo y con el número ocho escriturado a Pablo Emilio Pulgarín; y por el Occidente, con el solar número once escriturado a Ernesto Ocampo".

Los gastos que demande el otorgamiento de la escritura son de cargo de Hernández.

2º Si fuere llegado el caso, esta sentencia se ejecutará de acuerdo con las leyes vigentes.

3º Niéganse las otras súplicas de la demanda.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase oportunamente el expediente.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES. INEPTA DEMANDA.

Acumulación objetiva de acciones y acumulación subjetiva con fundamento en la conexidad de las pretensiones. Qué sentido tiene la palabra "acción" dentro del texto del artículo 398 del Código Judicial. La acumulación inicial de acciones que permite el artículo 209 del Código Judicial no puede hacerse con prescindencia de lo prescrito en el 398. Elementos necesarios para la viabilidad de la acumulación. Indebida acumulación de acciones y consiguiente falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

El artículo 209 del Código Judicial permite el ejercicio de varias acciones en una misma demanda, si bien entre partes simples o singulares, pues la regla se refiere a la acumulación objetiva de acciones y no a la subjetiva. El concepto de parte se encuentra definido en el artículo 202 que denomina así al "litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones", con lo cual se prevé la acumulación inicial subjetiva con fundamento en pretensiones conexas.

Esta conexidad se presenta cuando hay comunidad de elementos definidores de dichas pretensiones, y puede ser subjetiva, objetiva o causal según que el elemento común sean los sujetos, el objeto o el título. El artículo 398 del Código Judicial describe cinco casos en que, conforme al criterio de la disposición, de seguirse separadamente los juicios se divide la "continencia de la causa", es decir, cuando las pretensiones tienen un contenido común determinado por aquellos elementos o por unos de ellos; por todos, cuando los tres concurren a establecer una relación jurídica única, en cuyo caso el litisconsorcio se hace necesario para evitar que los efectos de la cosa juzgada se surtan respecto de juicios en los cuales no fue proferida la sentencia; por dos, cuando son comunes los sujetos y el objeto, o los sujetos y la acción, o la acción y el objeto; y por uno, cuando las acciones provienen de una causa común, en todos estos otros casos en consideración a la conexidad que entre los procesos establece la existencia de uno o dos elementos esenciales comunes (litisconsorcio facultativo propio).

La dificultad de conformar la norma del artículo 398 a los principios que la ciencia procesal profesa en materia de acumulación, lleva al intérprete a averiguar qué debe entenderse por acción en el expresado texto: no la acción propiamente dicha, como se lee literalmente, porque su concepto es inseparable de los elementos que la configuran, sin que sea dable descomponerlo para establecer la conexidad por el todo a la vez que por sus elementos aislados; ni tampoco la causa, pues que este tipo de acumulación se halla específicamente recogido en el numeral cuarto del artículo 398, como resulta del texto de la disposición; ni la relación de derecho material que se alega, figura estrictamente privatista cuyos extremos no siempre coinciden con los de la acción procesal; sino más bien la reclamación que se dirige al juez para obtener la celebración o el reconocimiento de aquella relación jurídica, o sea, la pretensión en cuanto expresa el pronunciamiento que se reclama del órgano jurisdiccional, esto es, "lo que se demanda".

Ahora, que la acumulación inicial de acciones que permite el artículo 209 no puede hacerse con prescindencia de lo prescrito en el artículo 398, aunque este último se refiera de manera concreta a la acumulación de autos o procesos, es cuestión que esclarecen no solamente la naturaleza misma de las dos especies de acumulación y los fines que con ella se persigue, que son los mismos en uno y otro caso, sino la aplicación

que la Corte ha dado en numerosos casos a esas normas (G. J. XLI, 114; XLIII, 752; LV, 733).

En la demanda con que se inició el presente juicio, que contiene un litisconsorcio activo, se notan tres elementos de condición bien definida: uno, las pretensiones, que son iguales en todos los demandantes: reconocimiento del derecho de propiedad privada de hidrocarburos; y los otros dos, los demandantes, que son tres, y los inmuebles que son objeto de la demanda que, aunque en otra época integraran un solo globo de tierras, en el momento de iniciarse el juicio constituían siete cuerpos ciertos debidamente individualizados, pertenecientes a distintos dueños. Tanto los demandantes como los objetos son, pues, distintos. Y como, por otra parte, no se acreditó en el curso del juicio que las acciones promovidas por los distintos demandantes provengan de una misma causa común, resulta que la acumulación aparece realizada con el solo fundamento de un elemento de unión, insuficiente para hacerla conducente a tenor de las disposiones comentadas, ya que determina la falta del presupuesto procesal de demanda en forma sin el cual la acción no puede conducir a una decisión de fondo. Por este último motivo, no es el caso de proferir un pronunciamiento sobre la sujeta materia de la litis, pues que siendo la demanda en forma un presupuesto del fallo, éste no puede ser pronunciado si ella falta sino que su ausencia lleva a la inhibitoria para dictar sentencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Isabel Marroquín de Moure, Cecilia Marroquín Castro y Manuel Lorenzo Marroquín, mayores de edad y vecinos de esta ciudad de Bogotá, demandaron, contra la Nación, por medio de apoderado, porque mediante juicio ordinario de única instancia se hagan en su favor las siguientes declaraciones:

"Primera. Que los inmuebles rurales que formaban parte de la finca conocida con el nombre El Alto de La Cruz, que pertenecían a la antigua hacienda de Yerbabuena, ubicados en jurisdicción del Municipio de Chía, vereda de Yerbabuena, Departamento de Cundinamarca comprendidos dentro de los linderos que aparecen en el hecho primero de esta demanda, que están incluídos dentro de los linderos de la propuesta número 871 para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional presentada por la Texas Petroleum Company, salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"Segunda. Que en subsidio de la declaración anterior, los inmuebles rurales que pertenecían a la finca del Alto de la Cruz, ubicada en jurisdicción del Municipio de Chía, dentro de los linderos que se determinan en el hecho primero de esta demanda, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 por virtud de justa prescripción y posesión y explotación de las tierras, de conformidad con las leyes que han regido sobre la materia con anterioridad a la reserva del subsuelo en favor de la Nación.

"Tercera. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el subsuelo de los citados inmuebles, según los linderos que adelante se indican, comprendidos dentro de la mencionada propuesta número 871 y en particular el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse, son de propiedad particular, de la señora Isabel Marroquín de Moure, Cecilia Marroquín Castro (antes de Dall'Este) y Manuel Lorenzo Marroquín, de acuerdo con la determinación de los mismos que se hace en el hecho primero de esta demanda.

"Cuarto. (sic). Que de acuerdo con las anteriores declaraciones el petróleo y demás hidrocarburos que se hallen o puedan hallarse dentro de los terrenos de la finca Alto de La Cruz, por los linderos que luego se expresan, comprendidos por la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company, pueden explotarse como de propiedad privada y no pueden contratarse ni explotarse como de propiedad de la Nación".

Como hechos en que se fundan las pretensiones que preceden enuncia la parte actora los siguientes:

"Primero. Mis poderdantes son dueños y poseedores inscritos de la finca rural denominada Alto de la Cruz, antes perteneciente a la antigua hacienda de Yerbabuena, ubicada en jurisdicción del municipio de Chía, vereda de Yerbabuena, formada hoy por los lotes dos (2) (Santa Isabel) tres (3) (Santa Cecilia) cinco (5) (La Esquina) seis (6) (Alto de la Paz) siete (7) (Alto de la Cruz) diez (10) (San Lorenzo) del globo A de la partición material llevada a cabo sobre dicha finca y el lote B de la misma partición, cuyos linderos particulares son los siguientes:

"Lote número 2 (Santa Isabel) de propiedad de la señora Isabel Marroquín de Moure, con una superficie aproximada de catorce fanegadas con dos mil ochocientos veintidós varas cuadradas (14 fdas. 2.822 V.2), alinderado así: Por el Norte, con el solar número 1 de propiedad del doctor Odilio Vargas en una longitud de quinientos cuarenta y cinco metros lineales con doce centímetros lineales (545.12 ml.) según la línea recta de los mojones cuatro, trece, catorce, quince y dieciséis. Por el Sur, con el solar número 3 adjudicado a Cecilia Marroquín de Dall' Este, en una longitud de quinientos treinta y siete metros veinte centímetros lineales (537.20 ml.) segunda línea recta de los mojones cinco, diez y siete, dieciocho, diecinueve y veinte. Este mojón quedó a dos metros cinco centímetros lineales (2.05 ml.) hacia dentro de la cerca. Por el Este, con el solar número 11 adjudicado a Odilio Vargas, en una longitud de ciento cincuenta y cinco metros lineales (155 ml.), según la línea recta de los mojones cuatro y cinco. Por el Oeste, con la carretera Central del Norte en una longitud de ciento ochenta y dos metros lineales cincuenta centímetros lineales (182.50 ml.) según la recta comprendida dentro de los mojones dieciséis y veinte".

"Lote número 3 (Santa Cecilia) de propiedad de la señora Cecilia Marroquín de Dall'Este con una superficie de catorce fanegadas dos mil ochocientos veintidós varas cuadradas cuarenta y ocho centésimos de vara cuadrada (14 fds. 288.48 V.2) alinderado así: Por el Norte, con el solar número 2 adjudicado a Isabel Marroquín de Moure, en una longitud de quinientos treinta y siete metros lineales veinte centímetros (537.20 ml.) según la línea recta de los mojones cinco, diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte. Por el Sur, con el solar número 4 adjudicado a Odilio Vargas en una longitud de quinientos cuarenta y dos metros lineales cincuenta centímetros (542.50 ml.), según la línea recta de los mojones siete, veintiuno, veintidós y veintitrés. Por el Este, con el solar número 11, adjudicado al mismo Odilio Vargas en una longitud de ciento setenta metros lineales (170 ml.) según la línea recta de mojones cinco, seis y siete. Por el Oeste con la carretera Central del Norte en una longitud de ciento sesenta y nueve metros cincuenta centímetros lineales (169.50 ml.) por los mojones veinte y veintitrés. Este mojón quedó a dos metros diez centímetros lineales (2.10 ml.) hacia dentro de la cerca.

"Lote número 5 (La Esquina) de propiedad de Manuel L. Marroquín con una superficie de catorce fanegadas, dos mil ochocientas veintidós varas cuadradas cuarenta y siete centímetros de vara cuadrada (14 fds. 2.822.47 V.2) alinderado así: Por el Norte, con el solar número 4 adjudicado a Odilio Vargas, en longitud de 562 metros 38 centímetros lineales, según la línea de mojones diez, veinticuatro, veinticinco, veintiséis y veintisiete; por el Sur, con el camino de Guasca o de Sopó en una longitud comprendida entre la carretera Central del Norte y el mojón 12; por el Este, con el solar número 11 adjudicado a Odilio Vargas en una longitud de ciento noventa y cinco metros lineales, veinte centímetros lineales, según la línea de mojones 10, 11 y 12. Por el Oeste con la carretera Central del Norte en una longitud de ciento cuatro metros lineales (104 ml.) comprendido dentro del mojón veintisiete y el camino de Guasca".

"Lote número 6 (Alto de la Paz) de propiedad de Cecilia Marroquín de Dall'Este, con una superficie de veintidós fanegadas tres mil setecientos cincuenta y tres varas cuadradas ochenta centésimos de vara cuadrada alinderado así: por el Norte con la hacienda El Rincón, propiedad de Julio Caicedo en una longitud de doscientos ochenta y ocho metros lineales con cincuenta centímetros lineales (288.50 ml.) comprendida dentro del mojón catorce de la partición anterior de la hacienda efectuada por el ingeniero Pedro A. Garzón, y el mojón cincuenta y seis de la partición actual. Por el Sur, con el camino de Guausa, en una longitud comprendida entre el mojón 5 de la partición a que nos hemos referido y el mojón 53 de la actual. Por el Este con el solar B de la partición anterior, en una longitud de cuatrocientos sesenta metros lineales (460 ml.) comprendido entre los mojones catorce y cinco de la partición anterior. Por el Oeste, por el solar 10 adjudicado a Manuel L. Marroquín, en una longitud de quinientos diez metros lineales sesenta y siete centímetros lineales (510.66 ml.) (sic) según la línea de mojones 53, 54, 55 y 56".

"Lote número 7 (Alto de la Cruz) de propiedad de Isabel Marroquín de Moure, con una superficie de veintidós fanegadas siete mil trescientas cincuenta y tres varas cuadradas ochenta centésimos de vara cuadrada alinderado así: Por el Norte, con la hacienda El Rincón, según la cerca de piedra y alambre que existe entre los mojones 28 y 36 A; por el Sur con el camino de Guausa, en una longitud comprendida entre los mojones cuarenta y tres y cuarenta y seis. Por el Este, con el solar número 8 adjudicado a Odilio Vargas en una longitud de novecientos diez y nueve metros lineales con veintiún centímetros lineales (919.21 ml.) según la línea

de mojones treinta y seis A treinta y siete, treinta y ocho, treinta y ocho A, treinta y nueve, cuarenta y uno, cuarenta y dos y cuarenta y tres. Por el Oeste, con el solar número 11 adjudicado a Odilio Vargas en una longitud de ochocientos veintidós metros lineales sesenta y dos centímetros, según la línea de mojones veintiocho, veintinueve, treinta, treinta y uno, treinta y dos, treinta y tres, treinta y cuatro, treinta y cinco y treinta y seis''.

''Lote número 10 (San Lorenzo) de propiedad de Manuel L. Marroquín con una superficie de veintidós fanegadas tres mil setecientos cincuenta y cinco varas cuadradas, ochenta centésimos de vara cuadrada (22 fds. 3.755.80 V.2) alinderado así: Por el Norte, con El Rincón en una longitud de trescientos cuatro metros lineales (304 ml.) comprendida por los mojones cincuenta y seis y cincuenta y dos. Por el Sur, con el camino de Guausa con una longitud comprendida por los mojones cincuenta y tres y cuarenta y nueve. Por el Este con el solar seis adjudicado a Cecilia Marroquín en una longitud de quinientos diez metros lineales sesenta y siete centímetros (510.67 ml.), según la línea recta de mojones cincuenta y tres, cincuenta y cuatro, cincuenta y cinco y cincuenta y seis. Por el Oeste con el solar número 9 adjudicado a Odilio Vargas, en una longitud de quinientos cuarenta y cinco metros lineales cincuenta y cinco centímetros (545.55 ml.) según la línea recta de mojones cuarenta y nueve, cincuenta, cincuenta y uno y 52''.

''Lote B de propiedad de común y proindiviso de Isabel Marroquín de Moure, Cecilia Marroquín de Dall'Este y Manuel L. Marroquín con una superficie de quinientos (sic) cuatro fanegadas, cuatro mil seiscientas nueve varas cuadradas, alinderado así: Por el Sur partiendo del mojón número 10 en dirección Sureste línea recta al mojón número 11 siguiendo la pared de tapia que allí se encuentra del mojón número 11 siguien (sic) la misma dirección anterior, línea recta al mojón 13, pasando por el mojón 12 y lindando en toda esta extensión con el lote C adjudicado en este trabajo a los herederos Manuel Antonio Lorenzo Marroquín, Helena Castro V. de Marroquín y Cecilia Marroquín de Dall' Este; luego por el Norte, partiendo del mojón 13 en dirección occidental y siguiendo la tapia existente, hasta encontrar la cerca de piedra que sirve de lindero entre estos terrenos y los adjudicados a Santiago Grajales, lindando en esta extensión con el C adjudicados al señor Santiago Grajales; luego por el Occidente con los mismos terrenos, otra vez por el Sur, con tierras que son o fueron de Pablo Tamayo —antigua hacienda de Fusca—; por el Oriente, desde las 'Petacas' en la cuchilla sobre el Puente de Común, línea recta al paso de 'Quebrada Honda' y por ella y el pantano de donde nace, hasta las vertientes del punto llamado 'Las Tablas' o 'La Tabla'; de allí línea recta al mojón 1 el cual se encuentra sobre la recta que une el punto llamado 'Las Tablas o la Tabla' con el denominado 'Piedra Herrada', mojón que deslinda las tierras de 'Zamora' y 'Yerbabuena'. Desde las 'Petacas' hasta el mojón número 1 linda este lote en toda su extensión con terrenos que pertenecieron a la hacienda de Yerbabuena y luego a herederos de Eduardo Ramírez; del citado mojón 1 volviendo al Noroeste, línea recta al mojón 14, pasando por lojones (sic) 2, 3 y 3 A, lindando en toda su extensión con terrenos que fueron adjudicados a Julio Caicedo; por el Oriente partiendo del mojón 14 en dirección Suroeste y formando un ángulo de noventa grados con el lindero anterior, línea recta al mojón 5 lindando en esta extensión con el lote A adjudicado a los herederos para cubrir la hijuela de deudas y gastos; por el Norte, partiendo del mojón 5 en dirección occidental sirve de lindero el camino para Guausa y Sopó, hasta encontrar la carretera central del Norte, lindando en toda esta extensión, camino de por medio, con el lote 'A' anteriormente citado; luego por el Occidente partiendo del camino para Guausa y Sopó y siguiendo la carretera central del Norte en dirección Sur, sirve de lindero primero la misma carretera y luego la cerca de piedra y tapia que deslinda los terrenos de la suecesión (sic) de Lorenzo Marroquín con los que fueron adjudiacos (sic) a Santiago Grajales hasta encontrar el mojón número 10 o sea el punto de partida, todo como está indicado en los planos que se adjuntan''.

''Segundo. El 24 de abril de 1958 el Ministerio de Minas y Petróleos avisó que por medio de la Resolución número 400 de 21 de abril de 1958 admitió la propuesta para contratar y explotar petróleos de propiedad nacional, formulada por la Texas Petroleum Company el día 17 de agosto de 1956, sobre un globo de terreno de cuarenta y nueve mil novecientos noventa y seis hectáreas con tres mil metros cuadrados de extensión ybicado (sic) en jurisdicción del Municipio de La Calera, Guasca, Cajicá, Chía y Cota en el Departamento de Cundinamarca, y Usaquén, Engativá y Suba hoy Distrito Especial de Bogotá y comprendido por los siguientes linderos que se superponen sobre los linderos de la finca

El Alto de la Cruz determinados en el hecho primero de esta demanda.

"Los linderos de la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company son los siguientes: "Como punto de referencia se toma el mojón astronómico denominado "El Mercadillo", ubicado en la finca del mismo nombre de propiedad del señor Luis Angulo, situada costado oriental de la carretera que va de Bogotá a Zipaquirá, en el Municipio de Cajicá. Este mojón se halla debidamente ligado al punto arcifinio, estable e inequívoco constituído por la cúspide del cerro de Las Manas, inmediatamente al Oeste del paradero del Ferrocarril Central del Norte. Las coordenadas astronómicas del citado mojón son: latitud cuatro grados cincuenta y seis minutos cincuenta segundos y una décima de segundo al Norte del Ecuador (4º 56' 50" 1N Ecuador); longitud cero grados cuatro minutos tres segundos y quince centésimas de segundo al Este de Bogotá (0º 04' 03" 15 E Bogotá).

"Del mojón astronómico en referencia se traza una línea recta de ochocientos ochenta y un metros con setenta y nueve centímetros (88.89 mts.) (sic) de longitud, con un rumbo Sureste de diez y siete grados cuatro minutos catorce segundos y cuatrocientas diez y seis milésimas de segundo (S 17º 04' 416E), hasta llegar al vértice indicado en el plano con la letra A. De aquí se traza una recta de diez y nueve mil diez metros (19.010.00 mts.) con rumbo Sureste de sesenta grados cero minutos (S 60º 00' E), hasta encontrar el punto B. De aquí se sigue en línea recta de veintiséis mil trescientos metros (26.300 mts.) con rumbo Suroeste de treinta grados cero minutos (S 300.00' N) (sic), hasta llegar al vértice C. De éste se traza una recta de diez y nueve mil diez metros (19.010.00 mts.) con rumbo Noroeste de sesenta grados cero minutos (N 00º 08' W) (sic), hasta llegar al punto D. Y de aquí se sigue en línea recta de veintiséis mil trescintos (sic) metros (26.300.00 mts.) con rumbo Noreste del (sic) treinta grados cero minutos (N 30º 00' E), hasta encontrar el vértice A, base de la alinderación de la propuesta".

"Tercero. Los terrenos de la hacienda el Alto de la Cruz, determinados en el hecho primero de esta demanda, salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por virtud de numerosos actos jurídicos que son la causa del dominio privado de mis poderdantes sobre el subsuelo del citado predio, pues contituyen (sic) títulos originarios o emanados del Estado y pruebas de explotación y posesión económicas de tales terrenos con muchos años de anterioridad a la reserva del subsuelo por el Código Fiscal de 1873.

"La prueba de los referidos actos jurídicos será producida oportunamente dentro del término legal correspondiente.

"Cuarto. La propiedad actual de mis mandantes sobre el predio rural denominado Alto de la Cruz, descrito en el hecho primero de esta demanda se comprueba con las escrituras públicas que se enumeran al relacionar los documentos presentados con esta demanda y con los demás documentos que serán allegados al proceso dentro del término de prueba del mismo".

En derecho, invoca, para sustentar la acción, lo dispuesto en el Decreto 1056 de 1953, Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 y sus decretos reglamentarios; en las Cédulas Reales de la Corona Española y Código de Indias; en la Ley 11 de octubre de 1821, en la 70 de 1866 y Código de 1873 (Fiscal); artículos 669 y 673 del Código Civil y 28 de la Ley 153 de 1887.

Con la demanda trajo a los autos los siguientes documentos:

a) Certificado expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos sobre tiempo hábil para instaurar esta demanda;

b) Un ejemplar del *Diario Oficial* número 29683 de fecha 6 de junio de 1958, en el que aparece publicado el aviso sobre admisión de la propuesta número 871 para explorar y explotar petróleos;

c) Copias de las escrituras públicas números 3225 de 1936, 148 de 1951 y 1616 de 1901, la primera relacionada con el poder general otorgado por Cecilia Marroquín a Manuel Lorenzo Marroquín; la segunda contiene la venta de parte del inmueble objeto de esta demanda, hecha por Ursula Grajales de Vargas a Lorenzo Marroquín; y la tercera por la cual se protocoliza la división material del predio materia de la demanda;

d) Tres (3) copias de la escritura número 6610 de 1949, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión del señor Lorenzo Marroquín y que contienen las hijuelas que formaron a favor de los demandantes en este juicio, y

e) Certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá sobre inscripción y vigencia de los títulos de adquisición referente al inmueble objeto de esta demanda.

De la anterior demanda diose traslado al señor Procurador Delegado en lo civil, quien la contestó, en nombre de la Nación, oponiéndose a las

pretensiones formuladas y proponiendo las excepciones de acumulación indebida de acciones y de inepta demanda.

Durante el término de pruebas la parte actora pidió las que fueron decretadas en providencia de siete de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, las que no fueron practicadas.

Citadas las partes para sentencia, y con alegato del Procurador —la parte demandante no alegó de conclusión—, ha llegado la oportunidad procesal de proferir la decisión de fondo, para lo cual son pertinentes las siguientes consideraciones:

En el escrito de contestación de la demanda el señor Procurador delegado en lo civil opone la excepción de acumulación indebida de acciones, la que sustenta en los siguientes términos:

"En este asunto la Procuraduría al dar respuesta al libelo de demanda, formuló las siguientes excepciones como perentorias: A) Acumulación indebida de acciones, de hecho, que hizo consistir '... en que los demandantes Isabel Marroquín de Moure, Cecilia Marroquín Castro (antes de Dall'Este) y Manuel Lorenzo Marroquín, teniendo a su favor o en sus cabezas acciones diferentes por tener derechos diversos, salvo en un lote de terreno en que son condueños en común y proindiviso; teniendo por lo tanto acciones carentes de identidad, han presentado por intermedio de su apoderado especial —en una sola demanda— acumuladas de hecho, en forma que considero indebida, dichas acciones'. (...). Según los propios hechos enumerados por los demandantes en el libelo de demanda, los señores Isabel Marroquín de Moure, Cecilia Marroquín Castro (antes de Dall'Este) y Manuel Lorenzo Marroquín son respectivamente propietarios exclusivos actuales de predios o globos individualizados en los mismos hechos, así: a) Isabel Marroquín de Moure de los lotes Santa Isabel (lote Nº 2) y Alto de la Cruz (lote Nº 7); Cecilia Marroquín Castro (antes de Dall'Este) de los lotes Santa Cecilia (lote Nº 3) y Alto de la Paz (lote Nº 6); Manuel Lorenzo Marroquín de los lotes La Esquina (lote Nº 5) y San Lorenzo (lote Nº 10); y son los mencionados propietarios en común y proindiviso únicamente en el llamado lote B".

El artículo 209 del Código Judicial permite el ejercicio de varias acciones en una misma demanda, si bien entre partes simples o singulares, pues la regla se refiere a la acumulación objetiva de acciones y no a la subjetiva. El concepto de parte se encuentra definido en el artículo 202 que denomina así al "litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones", con lo cual se prevé la acumulación inicial subjetiva con fundamento en pretensiones conexas.

Esta conexidad se presenta cuando hay comunidad de elementos definidores de dichas pretensiones, y puede ser subjetiva, objetiva o causal según que el elemento común sean los sujetos, el objeto o el título. El artículo 398 del Código Judicial describe cinco casos en que, conforme al criterio de la disposición, de seguirse separadamente los juicios se divide la "continencia de la causa", es decir, cuando las pretensiones tienen un contenido común determinado por aquellos elementos o por unos de ellos: por todos, cuando los tres concurren a establecer una relación jurídica única, en cuyo caso el litisconsorcio se hace *necesario* para evitar que los efectos de la cosa juzgada se surtan respecto de juicios en los cuales no fue proferida la sentencia; por dos, cuando son comunes los sujetos y el objeto, o los sujetos y la acción, o la acción y el objeto; y por uno, cuando las acciones provienen de una causa común, en todos estos otros casos en consideración a la conexidad que entre los procesos establece la existencia de uno o dos elementos esenciales comunes (litisconsorcio facultativo propio).

La dificultad de conformar la norma del artículo 398 a los principios que la ciencia procesal profesa en materia de acumulación, lleva al intérprete a averiguar qué debe entenderse por *acción* en el expresado texto: no la acción propiamente dicha, como se lee literalmente, porque su concepto es inseparable de los elementos que la configuran, sin que sea dable descomponerlo para establecer la conexidad por el todo a la vez que por sus elementos aislados; ni tampoco la causa, pues que este tipo de acumulación se halla específicamente recogido en el numeral cuarto del artículo 398, como resulta del texto de la disposición; ni la relación de derecho material que se alega, figura estrictamente privatista cuyos extremos no siempre coinciden con los de la acción procesal; sino más bien la reclamación que se dirige al juez para obtener la declaración o el reconocimiento de aquella relación jurídica, o sea, la *pretensión* en cuanto expresa el pronunciamiento que se reclama del órgano jurisdiccional, esto es, "lo que se demanda".

Ahora, que la acumulación inicial de acciones que permite el artículo 209 no puede hacerse con prescindencia de lo prescrito en el artículo 398, aunque este último se refiera de manera concreta a la acumulación de autos o procesos, es cuestión

que esclarecen no solamente la naturaleza misma de las dos especies de acumulación y los fines que con ellas se persigue, que son los mismos en uno y otro caso, sino la aplicación que la Corte ha dado en numerosos casos a esas normas (G. J., tomos XLI, 114; XLIII, 752; LV, 733).

En la demanda con que se inició este juicio, que contiene un litisconsorcio activo, se notan tres elementos de condición bien definida: uno, las pretensiones, que son iguales en todos los demandantes: reconocimiento del derecho de propiedad privada de hidrocarburos; y los otros dos, los demandantes, que son tres, y los inmuebles que son objeto de la demanda que, aunque en otra época integraran un solo globo de tierras, en el momento de iniciarse el juicio constituían siete cuerpos ciertos debidamente individualizados, pertenecientes a distintos dueños. Tanto los demandantes como los objetos son, pues, distintos. Y como, por otra parte, no se acreditó en el curso del juicio que las acciones promovidas por los distintos demandantes provengan de una misma causa común, resulta que la acumulación aparece realizada con el solo fundamento de un elemento de unión, insuficiente para hacerla conducente a tenor de las disposiciones comentadas, ya que determina la falta del presupuesto procesal de *demanda en forma* sin el cual la acción no puede conducir a una decisión de fondo. Por este último motivo no es el caso de proferir un pronunciamiento sobre la sujeta materia de la litis, pues que siendo la demanda en forma un presupuesto del fallo, éste no puede ser pronunciado si ella falta sino que su ausencia lleva a la inhibitoria para dictar sentencia.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se inhibe de resolver las pretensiones contenidas en la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, envíese copia al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

COPIAS IRREGULARMENTE EXPEDIDAS.

El Secretario del Juzgado no tiene atribución alguna para decidir sobre expedición de copias. La orden de compulsarlas debe darla el Juez. Las obtenidas en forma irregular carecen de valor probatorio.

Tanto en los juicios que están en curso como en los que se hallan terminados, la orden de expedir las copias debe darla el juez, mas no el secretario que no tiene atribución alguna para decidir sobre si deben expedirse o no; si con citación de la contraparte, en relación con la solicitud hecha por una de ellas, o de ambas partes, en el caso de que la petición la hiciera un tercero; y en todos estos eventos decidir si deben agregarse las piezas indicadas por la parte o las partes, según el caso.

El artículo 361 del Código Judicial, para los juicios en curso, no puede dejar duda alguna al respecto, porque terminantemente dispone: "Los Jueces que sustancian un juicio pueden ordenar la expedición y entrega de las copias que se soliciten, ya de todo el proceso o de parte de él..."; por tanto, la facultad para ordenar la expedición de las copias corresponde al juez; pero no a los secretarios, cuya intervención está limitada a la parte mecánica de los procesos; de ahí que el artículo 121 del Código Judicial enumere, no las facultades de los secretarios, sino sus deberes en sus 18 apartes; porque aun al rechazar los escritos irrespetuosos no lo hace ad libitum sino "consultando previamente, para evitar abusos y dificultades, al Juez o Magistrado respectivo".

El numeral 3º del artículo 121 ratifica lo dispuesto en el artículo 361 del Código Judicial, porque autoriza a los secretarios "para dar los testimonios y certificaciones que se soliciten, cuando lo prescriba la ley o lo prevenga el respectivo Juez"; de suerte, pues, que se requiere expresa autorización de la ley u orden del juez.

El artículo 632 del Código Judicial dispone: "Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidos formalmente y autorizados por los secretarios o empleados encargados de los archivos... (subraya la Sala).

En el caso concreto, la copia del auto sobre declaración de herederos fue expedida arbitrariamente por el Secretario del Juzgado, sin que mediara orden del Juez, a petición verbal, y tomándose una atribución que no casa con "el ejercicio de sus funciones", ya que solamente al Juez le correspondía, según el artículo 361 del Código Judicial, impartir la orden de compulsar la copia requerida por el actor. Obtenida ésta en forma irregular, quedó privada de valor probatorio y por ende, sin demostración la calidad de heredero, alegada por el actor para acreditar su interés jurídico de intervenir en el proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, 13 de diciembre de 1961.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Jorge Castaño Osorio, en su calidad de heredero del finado Marco Tulio Castaño Gutiérrez, con base en el artículo 76 del Código Judicial, demandó en juicio ordinario a la Nación, ante el tribunal de Manizales, con el fin de obtener la siguiente declaración y condena:

"1º Que el vehículo 'Pic-Up' especificado en el ordinal II de esta demanda, es propiedad de la sucesión del señor Marco Tulio Castaño Gutiérrez.

"2º Que la Nación, por conducto del Ministerio de Guerra, debe devolver el mencionado vehículo a la expresada sucesión, tres días después de ejecutoriada la sentencia que así lo disponga".

Los hechos en los cuales funda la acción de dominio ejercitada, en síntesis, son los siguientes:

1º El mandante Jorge Castaño Osorio, ha sido declarado heredero de su padre legítimo Marco Tulio Castaño Gutiérrez, en auto de fecha 11 de mayo de 1959, según copia acompañada a la demanda.

2º "El causante de la sucesión citada antes, tenía de su propiedad, entre otros vehículos, un Pick-Up de servicio particular, marca Willys, modelo 1955, capacidad para tres cuartos de tonelada, placas números M-02368, motor número IT-22841, color verde".

3º El vehículo descrito en el hecho anterior "lo había prestado el causante a su hermano, señor Leonidas Castaño Gutiérrez", quien, muerto aquél el 30 de abril de 1959, no solamente no restituyó el vehículo, sino que lo permutó con otros dos del Ministerio de Guerra, con destino a la dotación del Batallón Ayacucho.

4º De acuerdo con el decir del actor, Leonidas Castaño Gutiérrez "puso en actividad algunas habilidades especiales para dar a entender que él era el propietario del vehículo de su hermano", como la de obtener una certificación del Juzgado que conocía del juicio de sucesión, antes de practicarse los inventarios, de que el automotor no se hallaba alistado, y la de "apoderarse de la carta de venta que de tal vehículo poseía el señor Marco Tulio Castaño Gutiérrez, con intención que no entro a calificar".

5º Finalmente, afirma que el vehículo objeto del litigio está "en poder de la Nación, adquirido por el Ministerio de Guerra con destino al Batallón Ayacucho de esta ciudad, pero el señor Leonidas Castaño Gutiérrez no ha podido legalizar (sic) la carta de venta porque carece de todo título".

Como disposiciones aplicables citó los artículos 947, 950, 952, 961 del Código Civil; artículos 176, 250 y el Título XVIII del Libro II del Código Judicial.

Admitida la demanda, el Fiscal 2º del Tribunal al descorrer el traslado, resume las peticiones y los hechos de la demanda, para pedir, respecto de éstos, "que se prueben"; y en cuanto a aquéllas, dijo: "En nombre de la Nación que represento en este juicio, me opongo a las declaraciones pedidas por la parte demandante, una vez que seguramente entre dichos señores existía una sociedad y por consiguiente el Batallón Ayacucho hizo la permuta con base en título suficiente para ello por parte del señor Leonidas Castaño Gutiérrez, de lo contrario la situación jurídica es completamente diversa".

Sin embargo, debe observarse que el fiscal, en defensa de los claros derechos de la Nación, olvidó cumplir con lo dispuesto en los artículos 235 y siguientes del Código Judicial, en armonía con los artículos 1899 a 1904 del Código Civil, pues, el primero de éstos dispone:

"El comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.

"Esta citación se hará en el término señalado por las leyes de procedimiento.

"Si el comprador omitiere citarle, y fuere evicta la cosa, el vendedor no será obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa". (V. art. 1958 del C. C.).

Surtida la primera instancia, el tribunal de Manizales falló el litigio, el 16 de noviembre de 1960, así:

"Primero. La sucesión del señor Marco Tulio Castaño Gutiérrez, civilmente representada por el señor Jorge o Jorge Humberto Castaño Osorio, mayor de edad y vecino de Manizales, es dueña de un vehículo automotor, de servicio particular, marca Willys, estilo Pick-Up, modelo 1955, placas números M-02368, motor número IT 22841.

"Segundo. Se condena a la Nación o Estado Colombiano a restituír tres días después de la ejecutoria de esta providencia, el vehículo presingularizado, a su dueño legítimo, según la precedente ordenación. Esta restitución se realizará por intermedio del Ministerio de Guerra, quien dará las órdenes del caso al Batallón de Infantería número 11 'Ayacucho' con sede en esta ciudad".

Este fallo está a la revisión de la Sala en virtud del recurso de apelación concedido al fiscal, según auto de fecha 12 de diciembre del año pasado,

En segunda instancia, en la oportunidad legal, el Procurador delegado en lo civil alegó de conclusión, para pedir la absolución de la Nación, con fundamento en que no se había demostrado la identidad del vehículo; además, aún establecido este extremo, la permuta de los automotores estaría dentro de la excepción prevista en el inciso 2º del artículo 947 del Código Civil.

Para decidir la alzada, conviene establecer si el heredero Jorge Castaño Osorio ha demostrado tal calidad, mediante la presentación de prueba allegada en forma regular y eficiente.

Con el fin de establecer su calidad de heredero, el dicho actor, con la demanda, presentó copia del auto de fecha 11 de mayo de 1959, proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, en cuya parte resolutiva ordenó "tener como interesados en el juicio, sin perjuicios de terceros... a Jorge Humberto, Francisco Javier, Dora Inés, Ana Lucía y Carlos José Castaño Osorio, en su calidad de hijos legítimos del causante, mayor de edad el primero y menores los demás..."

El mencionado documento sería suficiente para establecer en este juicio el interés del actor, o mejor, la legitimación procesal en cuanto a la representación de la herencia o la sustitución procesal del titular del derecho de dominio debatido, si se hubiese expedido la copia en forma regular, o sea, si se hubiera ordenado por el juez, pero no ocurrió así, porque el secretario se tomó indebida y arbitrariamente esta atribución, pues en el encabezamiento se lee: "El suscrito secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, a petición berval (sic) del doctor Hugo Ramírez Benjumea, representante de algunos interesados en el presente juicio de sucesión testada del señor Marco Tulio Castaño Gutiérrez, expide copia auténtica de la declaratoria de herederos proferida en dicho juicio".

Tanto en los juicios que están en curso como en los que se hallan terminados, la orden de expedir las copias debe darla el juez, mas no el secretario que no tiene atribución alguna para decidir sobre si deben expedirse o no; si con citación de la contraparte, en relación con la solicitud hecha por una de ellas, o de ambas partes, en el caso de que la petición la hiciera un tercero; y en todos estos eventos decidir si deben agregarse las piezas indicadas por la parte o las partes, según el caso.

El artículo 361 del Código Judicial, para los juicios en curso, no puede dejar duda alguna al respecto, porque terminantemente dispone: "Los Jueces que sustancian un juicio pueden ordenar la expedición y entrega de las copias que se soliciten, ya de todo el proceso o de parte de él..."; por tanto, la facultad para ordenar la expedición de las copias corresponde al juez; pero no a los secretarios, cuya intervención está limitada a la parte mecánica de los procesos; de ahí que el artículo 121 del Código Judicial enumere, no las facultades de los secretarios, sino sus *deberes* en sus 18 apartes; porque aún al rechazar los escritos irrespetuosos no lo hace *ad libitum* sino "consultando previamente, para evitar abusos y dificultades, al Juez o Magistrado respectivo".

El numeral 3º del artículo 121 ratifica lo dispuesto en el artículo 361 del Código Judicial, porque autoriza a los secretarios "para dar los testimonios y certificaciones que se soliciten, cuando lo prescriba la ley o lo prevenga el respectivo Juez"; de suerte, pues, que se requiere expresa autorización de la ley u orden del juez, requisito o formalidad que no se cumplió en la expedición de la copia del auto mediante el cual se reconoció a Jorge Castaño Osorio la calidad de heredero del causante, en su condición de hijo legítimo.

El artículo 632 del Código Judicial dispone: "Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, *en lo referente al ejercicio de sus funciones;* las copias de tales documentos *expedidas formalmente* y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos..." (subraya la Sala); y según lo expuesto antes, la copia del auto sobre declaración de herederos la expidió el secretario, tomándose una atribución que no casa con el "ejercicio de sus funciones", porque solamente al juez le correspondía, según el artículo 361 del Código Judicial impartir la orden de compulsar la copia requerida por el actor, que la obtuvo en una *forma irregular,* privándola de valor probatorio.

Si el actor no ha probado la calidad de heredero del causante, resulta del todo innecesario adentrarse en el estudio de los elementos que integran la acción reivindicatoria, con el fin de decidir si están o no probados debidamente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la Repúlbica de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de fecha 16 de noviembre de 1960, proferida por el

Tribunal de Manizales en el juicio ordinario promovido por Jorge Castaño Osorio contra el Estado para la restitución de un vehículo.

El tribunal ordenará compulsar copia de la demanda y remitirla al juez competente, para que investigue los posibles delitos allí denunciados.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jesús M. Castillo, Secretario.

ACUMULACION DE JUICIOS SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO.

Cuando los títulos emanados del Estado son varios, no es posible la acumulación de los procesos.

Para que la solicitada acumulación de procesos fuera viable, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial, en las respectivas demandas, además de precisar o determinar exactamente el título emanado del Estado, debía especificarse, con sus lindes, el inmueble que salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, con la consiguiente afirmación de que los distintos lotes o parcelas de los actores están comprendidos dentro del área de aquél, con el fin de que, durante el término probatorio, sea posible identificarlos sobre el terreno, tanto el todo como cada una de sus partes, las cuales en tal evento, resultarían amparadas por el mismo título, requisito indispensable para ordenar la acumulación de los juicios.

Cuando los títulos emanados del Estado son varios, falta el nexo entre los distintos litigios; y en consecuencia no puede cumplirse la finalidada de dar cierta unidad al proceso, encaminada al aprovechamiento de las pruebas, pues si el título original es uno, basta una sola inspección ocular para identificarlo, mientras si son varios, necesariamente habrá que identificar y ubicar cada uno de los predios descritos en el título respectivo, para luego hacer una discriminación entre las parcelas de los actores a efecto de precisar qué título ampara a cada una de ellas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

El apoderado de Tulia Collas de Castro, dentro del juicio ordinario adelantado contra la Nación respecto de la propiedad del subsuelo del predio El Tablón, integrado por los lotes El Molino, Managua, La Libertad y La Manga, solicita que se le acumulen los siguientes:

a) El promovido por la comunidad formada por Leonor Pardo de Briceño, Manuel Briceño Pardo y otros respecto del inmueble "Moyano";

b) El iniciado por Miguel Joaquín Castro Collas en relación con los predios Santa Rosa, Santa Clara y Romero o Paso Ancho;

c) El de Alicia Child de Rozo por la propiedad del subsuelo del fundo nominado "La Escocia";

d) El de Eduardo Rozo Child y otro por el inmueble La Lira;

e) Además, el apoderado de José Vicente Rocha Koop también suplicó la acumulación de este juicio al adelantado por Tulia Collas de Castro.

Para demandar la dicha acumulación, el apoderado se expresa así:

"Los títulos comunes son los siguientes: sobre posesión y medidas de tierras hechos en los años de 1551 y 1598, relacionadas con los títulos de don Antonio Olaya y otros y que obran en el Libro de Encomiendas, informe rendido por el Juez comisionado para practicar vista de ojos, el Sargento Mayor del Batallón de Milicias doctor Miguel de Rivas sobre pleito entre Juan de Maecha Santibáñez y Jorge Lozano de Peralta".

Este mismo motivo invoca el apoderado de José Vicente Rocha Koop.

Con el fin de resolver el incidente propuesto, para establecer la conexidad entre los varios litigios con fundamento en el título originario, se hace necesario examinar, en lo indispensable, las demandas propuestas, las cuales establecen la relación procesal entre las partes y que no es dable modificar mediante la determinación de

los títulos, hecha en el memorial de pruebas, fuera de toda oportunidad legal y sin precisión alguna.

En el juicio principal, promovido por Tulia Collas de Castro, se lee, en la primera súplica:

"Que el globo de terreno de propiedad de mi mandante, determinado en el hecho primero de esta demanda, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por exploración (sic) económica de las tierras".

Como fundamento básico de la declaración demandada se dice: "en virtud de varios títulos emanados del Estado", pero sin determinar ninguno, menos todavía el globo de terreno objeto de la merced, composición o adjudicación estatal.

Igual afirmación se hace en el libelo presentado a nombre de la comunidad Briceño Pardo en cuanto atañe al predio "Moyano", como lo propio ocurre respecto de los demás juicios que se pretende acumular, pues la primera súplica es exacta reproducción de la copiada antes.

Para que la acumulación de los procesos fuera viable, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial, en las respectivas demandas, además de precisar o determinar exactamente el título emanado del Estado, debía especificarse, por sus lindes, el inmueble que salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, con la consiguiente afirmación de que los distintos lotes o parcelas de los actores están comprendidos dentro del área de aquél, con el fin de que, durante el término probatorio, sea posible identificarlos sobre el terreno, tanto el todo como cada una de sus partes, las cuales en tal evento, resultarían amparadas por el mismo título, requisito indispensable para ordenar la acumulación de los juicios.

Cuando los títulos emanados del Estado son varios, según se afirma en todas las demandas, como en el memorial sobre acumulación, falta el nexo entre los distintos litigios; y en consecuencia, no puede cumplirse la finalidad de dar cierta unidad al proceso, encaminada al aprovechamiento de las pruebas, pues, si el título original es uno, basta una sola inspección ocular para identificarlo, mientras si son varios, necesariamente habrá que identificar y ubicar cada uno de los predios descritos en el título respectivo, para luégo hacer una discriminación entre las parcelas de los actores a efecto de precisar qué título ampara a cada una de ellas.

Estas mismas razones y argumentos aparecen expuestos en forma más extensa, en el auto de fecha 22 de julio de este año, proferido en el incidente de acumulación propuesto en el juicio adelantado por José Vicente Rocha Koop contra la Nación, al cual se pretendió acumular los iniciados por Emilia Restrepo de Montoya, Bernardo Vargas Marroquín y Mercedes Rocha de Vargas. (C. Nº 3º).

En mérito de lo expuesto, se niega la acumulación de los juicios determinados en los dos escritos de los apoderados de los actores.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS. AVALUACION DE INCAPACIDADES. DESESTIMACION DEL DICTAMEN PERICIAL.

1. Se reitera la doctrina de que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa que no puede desvirtuarse sino con la prueba de la causa extraña, la fuerza mayor y el caso fortuito. Argumentos en favor de esta interpretación. Resolución de objeciones. 2. Avaluación de perjuicios civiles y tablas de incapacidades en los accidentes de trabajo. La obligación impuesta por la ley laboral y proveniente del contrato de trabajo, no es equiparable con la que nace de la culpa. La indemnización del accidente causado por culpa del patrono se rige por el Código Civil. 3. Condiciones para que pueda desestimarse la prueba pericial por causa de la falta de pago de los respectivos honorarios.

No comparte el señor Procurador Delegado el criterio ya tradicional de la Corte sobre interpretación del artículo 2356 del Código Civil. Su razonamiento se encamina a demostrar que, al tenor del referido artículo, para que haya lugar a la reparación del daño el demandante debe acreditar que el agente obró con negligencia o malicia, contra la reiterada jurisprudencia de la Corte que enseña que la expresada norma se aparta del sistema general que establece esa reparación con base en la culpa probada, para consagrar una presunción de culpa que sólo puede desvirtuarse con la prueba de la causa extraña, del caso fortuito o de la fuerza mayor liberatoria.

Conocida es, sin embargo, la forma como la presión creciente de los hechos sociales y económicos, y especialmente, del progreso mecanizado, impulsa en muchos países una evolución legislativa dirigida a facilitar a la víctima el resarcimiento del daño, en caso de riesgo creado o de hechos que por sí mismos denuncian una conducta negligente o ilícita, y cuando no una evolución legislativa, por lo menos un desarrollo jurisprudencial que, como el cumplido en Francia, en Chile y en Colombia, ha venido a descubrir en los preceptos que regulan la responsabilidad extracontractual verdaderas presunciones de culpa y de responsabilidad que implican, por lo que hace a la carga de la prueba, excepciones a la regla general sobre culpa probada que contiene el artículo 2341 del Código Civil.

En casación de 14 de marzo de 1938 (G. J., XLVI, 216 ss.) dijo la Corte, acogiendo la doctrina postulada por eminentes comentaristas de los códigos colombiano y chileno, que el artículo 2356 del Código Civil consagra una "presunción de responsabilidad" (otros dicen de peligrosidad o de causalidad), que resulta de los términos mismos en que está concebida la norma, pues que, según ellos, sólo se exige que el daño pueda imputarse a malicia o negligencia del agente para que deba ser considerado "como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer"; de donde se deduce que la prueba corresponde al demandado.

Pero no se detuvo ahí la Corte, sino que completa la doctrina así formulada deduciendo consecuencias que no podía menos de sacar de las anteriores premisas; y es así como admite que la única prueba oponible a la presunción del artículo 2356 es la de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de una causa extraña al demandado: "El artículo 2356 —se expone en aquel fallo, cuya doctrina ha venido siendo reiterada en numerosas decisiones de las salas de Casación Civil y de Negocios Generales— parte de la base de la imputabilidad de culpa a quien

ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandado de responsabilidad, a saber: a) la fuerza mayor; b) el caso fortuito, y c) la intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente"; conclusión lógica, porque siendo el fundamento de la presunción la posibilidad de imputar el daño a malicia o negligencia, esto es, el reconocimiento de que hay hechos que por sí solos demuestran la culpabilidad del autor dentro de un razonable cálculo de probabilidades humanas, aun acreditado en términos generales su diligente y cuidadoso proceder, la sola ocurrencia del perjuicio continúa denunciando, en ciertos casos, un error de conducta, mientras no se establezca la presencia de una causa extraña o del caso fortuito o la fuerza mayor eximentes de responsabilidad. Es por tanto la virtualidad de una apariencia puesta de manifiesto por un hecho indicador —el daño— lo que en este caso hace insuficiente la prueba general de la ausencia de culpa, puesto que esta última prueba no alcanza a destruír la apariencia creada por aquel hecho indicador, o más propiamente, la fuerza de éste para hacer inferir un error de conducta, sino que para lograrlo se hace indispensable la prueba específica de otro hecho que descarte la verosimilitud de la conducta culposa o ilícita del demandado.

Las siguientes razones son las que contribuyen a establecer que la anterior interpretación es la que conviene al artículo 2356 del Código Civil:

De las disposiciones que en el artículo 34 del Libro IV del Código Civil regulan la responsabilidad extracontractual, hay unas —las de los artículos 2341 y 2351, por ejemplo— que a tenor del texto consagran la responsabilidad por culpa probada, pues que el supuesto jurídico de dicha responsabilidad es en los casos a que esa regla se refiere que el demandado haya cometido la culpa o el ilícito, por lo cual el onus probandi incumbe al actor. Hay otras —como las de los artículos 2346, 2347, 2348, 2349, 2350 y 2351— que prescriben un deber general de vigilancia y cuidado, o sea, una obligación de medio (tomar las medidas necesarias para no causar daño), de modo que cabe la presunción de que si sobreviene un perjuicio es debido a una infracción que hace responsable al autor de ella; pero por ser de medio la obligación infringida, a la presunción le es oponible la prueba general de la ausencia de culpa. Otras hay, finalmente —las de los artículos 2345, 2353, 2355 y 2356— en que el supuesto jurídico de la responsabilidad no es ya solamente haber faltado al deber general de observar una conducta prudente, sino que ese deber se desplaza hacia la obligación específica —de resultado— de no causar daño en el ejercicio de una actividad que, peligrosa o no en sí misma, bien por su naturaleza o ya por las circunstancias en que se desarrolla requiere especiales precauciones, al punto de no ser suficiente para exonerarse de responsabilidad la prueba de la diligencia y cuidado sino que es menester la del hecho que demuestre que tal responsabilidad no puede serle atribuída al demandado en ningún caso.

No otra cosa es lo que a tenor del texto está expresando el artículo 2356. La inflexión verbal de subjuntivo pueda, que rige la proposición con que comienza el precepto y precisa el objeto sobre que recae el deber de reparar, y que equivale a locuciones como "que sea posible", "que sea dable", "que sea susceptible", etc., está indicando —como en otras oportunidades lo ha hecho notar la Corte, en acuerdo con Alessandri Rodríguez (Etudes de droit civil a la mémoire de Henri Capitant, Dalloz) que con sólo que sea posible la imputación de culpa dentro de un razonable cálculo de probabilidades, élla se presume y, como consecuencia, el deber de indemnizar, de modo que basta con que el perjuicio sea susceptible de ser atribuído a "malicia o negligencia", por motivo de una apariencia que autorice la presunción, para que se suponga la existencia de un error de conducta que obliga a responder si no se comprueba una causal exonerativa de responsabilidad. Y ello, como se observó ya, porque la norma no se limita a prescribir una regla general de conducta, sino que en sus términos está implícito el deber jurídico de no causar daño y de reparar el que se ocasione, siempre que el agente no logre acreditar la imposibilidad de haber incurrido en culpa, lo que sólo puede realizarse en la forma que ha quedado expresada.

Afirma el señor Procurador Delegado que la exigencia de "que el hecho pueda imputarse a 'malicia o negligencia'... equivale a decir que el demandante debe probar dichos elementos", sin parar mientes en que la referencia a ellos no tiene en el artículo 2356 el alcance de un precepto relativo a la organización y disciplina de la prueba, sino la finalidad de descartar la responsabilidad simplemente objetiva, extraña al sistema general del Código —que no obstante la consagra por vía de excepción en el artículo 2354—, para fundar la obligación de resarcir en el elemento subjetivo de la culpa, más bien que en el riesgo creado como pudiera entenderse si en vez de aludir a la falta de prudencia la regla

impusiese el deber de indemnizar con sólo que el perjuicio pueda imputarse al demandado.

Por estas razones la Sala, en desacuerdo con el concepto del Procurador, reitera una vez más la doctrina largamente sostenida por la Corte en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, conforme a la cual el artículo 2356 consagra una presunción de culpa que no puede desvirtuarse con la prueba general que sería oponible según el artículo 63 del Código Civil, sino que exige la del hecho eximente de responsabilidad ya que el deber de indemnizar no resulta en este caso de la infracción de una obligación de medio sino de una de resultado; aunque sin llegar a la responsabilidad objetiva, pues que ese deber se funda de todos modos en la culpa, y por consiguiente, es susceptible de que se le opongan motivos adecuados de exoneración. Y como, siendo de presumirse la culpa, en el caso concreto de este juicio no se ha acreditado que el accidente se debiera a caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un tercero, sino que el esfuerzo de la parte opositora se ha dirigido exclusivamente a establecer la prueba general de la diligencia y cuidado, la Corte encuentra ajustadas a la ley las conclusiones del fallo de primer grado en cuanto impone a la Nación la obligación de responder por el hecho ejecutado por su dependiente.

2. El dictamen de los peritos que avaluaron los perjuicios sufridos por el demandante, teniendo en cuenta el oficio de mecánico ejercido por el actor y la pérdida de los movimientos de flexión y extensión en algunos órganos de su mano izquierda que lo inutiliza para el ejercicio de su profesión, llega a la conclusión de que la merma de su capacidad por este concepto puede valorarse en un 30%.

El señor Procurador Delegado en lo Civil critica el dictamen, entre otras razones, porque "el cálculo en un treinta por ciento de la disminución de la capacidad laboral sufrida por el demandante es arbitrario, como que el Código del Trabajo, en la tabla de valuación de incapacidades contenida en su artículo 209, no señala a la lesión sufrida sino un dos por ciento de disminución".

No comparte la Sala el criterio del señor Procurador de la estimación del perjuicio con base en la tabla de valuación de incapacidades que trae el artículo 209 del Código del Trabajo, pues que dicha tabla, en la cual el daño se halla determinado de antemano, y con prescindencia de la idea de compensación exacta o en justa proporción del realmente sufrido, sólo se propone garantizar al trabajador un mínimo de seguridad contra el riesgo profesional, por lo que la indemnización bien puede resultar muy inferior a la cuantía verdadera del perjuicio. Este concepto que es el que de la indemnización por accidente de trabajo tiene la doctrina, es el recogido en la legislación nacional, que da a tal indemnización el carácter de prestación social, es decir, de obligación impuesta por la ley y proveniente del contrato de trabajo, distinta de la nacida de la culpa que el trabajador puede hacer efectiva ejerciendo las acciones que para ello consagra el Código Civil. Muy clara aparece la distinción entre la prestación social que se debe al trabajador por accidente de trabajo y la indemnización del daño que haya sufrido por culpa del empresario o patrono, si se detiene la atención en que para conceder el derecho a la primera la ley toma en cuenta la cuantía del capital de la empresa o industria (C. S. T., artículos 223, 224, 225, 226), y sobre todo, en que cuando se trata de accidente causado por culpa del patrono, éste, "está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas que las regulan" (C. S. T., artículo 216); lo que demuestra que el legislador en ningún caso ha querido subordinar el resarcimiento del daño proveniente de la culpa imputable al empresario o industrial a la tarifa de incapacidades establecida con el fin de asegurar al trabajador un mínimo de riesgo a que se expone por las condiciones o circunstancias en que se desarrolla su actividad profesional.

3. No sobra agregar, respecto del dictamen pericial, y en atención a que el señor Procurador solicita su desestimación por no aparecer cubiertos los honorarios de los avaluadores, que en concepto de la Corte "anticientífico como es el precepto del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, no debe agravarse con una interpretación ceñida a los términos de sus cláusulas. La pena de ese artículo, antes de ser aplicada por el juez, exige, por la magnitud de las consecuencias que conlleva, el apercibimiento o la conminación a la parte respectiva de que en el término que al efecto se le señale está obligada a efectuar la prestación del pago de los peritos y a presentar en el proceso la constancia del caso. Sólo así es posible considerar a la parte en mora y renuente a pagar el honorario pericial para los fines del citado artículo" (G. J., XLVII, 53). Y como en este proceso no hubo conminación o requerimiento a ninguna de las partes para el pago de los honorarios de los peritos avaluadores, no es

el caso de aplicar la disposición arriba citada, sino que la peritación debe apreciarse por su valor legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Hallándose el señor Guillermo Arango Rojas —de oficio mecánico— en el cuerpo de guardia de la Policía Nacional, División Antioquia, en la población de Bello, a eso de las diez de la noche del trece de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, con el fin de averiguar el motivo de la captura y retención de un hermano suyo, inopinadamente recibió un balazo que le causó una herida en el costado derecho y "fracturas conminutivas de la porción distal del 2º y 3º metacarpianos y en la base de la 1ª falange del dedo medio", en la mano izquierda, a consecuencia de lo cual hubo de ser sometido a tratamiento médico quirúrgico, habiendo sufrido una incapacidad de seis meses y la disminución de la capacidad funcional de la mano izquierda.

El proyectil que así vino a herir al señor Arango Rojas fue disparado por arma de fuego (fusil) que portaba el agente de la Policía Nacional Jaime Ortiz Cartagena, hecho en que se apoya el actor Guillermo Arango Rojas, mayor de edad y vecino del Distrito Judicial de Medellín, para pedir, en demanda formulada por medio de apoderado ante el Tribunal Superior del mencionado distrito, contra la Nación representada por el agente del Ministerio Público:

1º Que se declare que el Estado colombiano es responsable, por su hecho o culpa, o por culpa de sus subordinados, de los perjuicios materiales sufridos por el demandante como consecuencia de las heridas que, con arma de largo alcance (fusil), le causó un agente de la Policía Nacional, División Antioquia, el trece de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, en las horas de la noche, en la cabecera del Municipio de Bello (Antioquia).

2º Que consecuencialmente, el Estado colombiano está obligado a pagarle, dentro del plazo que al efecto se señale, la cantidad de veinte mil pesos, o la que resultare acreditada en el juicio, por concepto de indemnización de los perjuicios materiales que le ocasionó el hecho referido.

3º Que, también como consecuencia de la declaración de responsabilidad que se suplica en la petición primera, el Estado colombiano debe pagarle, dentro del plazo que se fije al efecto, el valor de los perjucios morales en cuantía de dos mil pesos, o según el monto que resultare probado en este juicio o en otro distinto.

Al serle corrido el traslado de la demanda, el fiscal del Tribunal se opuso a la acción incoada, fundado en la falta de conocimiento de los hechos alegados para sustentarla.

Durante el término de pruebas, en la primera instancia, la parte actora allegó las siguientes: los testimonios de los señores Emilio Suárez Jaramillo, Luis A. Holguín Ramírez y Hernán Restrepo Cadavid, quienes presenciaron el hecho fundamental en que se apoya la acción, para comprobar su ocurrencia; el dictamen pericial de los médicos Samuel Jiménez Arcila y Enrique Muñoz Villa y certificaciones del Consultorio Médico Departamental de Antioquia y del Médico Jefe del Hospital de San Vicente de Paúl de Medellín, para acreditar las consecuencias de aquel hecho; y el dictamen pericial de los señores Jairo Duque Velásquez y Leonidas Gómez Botero para establecer la cuantía del perjuicio. Se acreditó, por otra parte: la edad del demandante, con la respectiva partida eclesiástica de nacimiento; los sueldos o salarios por él devengados como ayudante de mecánico en los talleres departamentales de Antioquia, con certificado del Departamento de Personal de la Gobernación; y la calidad de agente de la Policía Nacional, División Antioquia, que el trece de abril de mil novecientos cincuenta y ocho tenía Jaime Ortiz Cartagena, con copia de su hoja de vida expedida por el comando de la respectiva unidad.

El litigio fue decidido por el Tribunal *a quo* en sentencia de seis de mayo de mil novecientos sesenta, que dispone:

"1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

"2º La Nación colombiana es responsable civilmente, por culpa de uno de sus subordinados, de los perjuicios materiales causados al señor Guillermo Arango Rojas, en razón de las lesiones que a éste le fueron inferidas con arma de fuego (fusil), por un agente de la Policía Nacional (División Antioquia) el día trece de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, en la cabecera del distrito de Bello (Departamento de Antioquia).

"3º Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación está obligada a pagar al señor Guillermo Arango Rojas la cantidad de doce mil ochocientos noventa y un pesos, veintiún centavos ($ 12.891.21) moneda legal por concepto

de perjuicios materiales que sufrió por el motivo expresado.

"4º Como consecuencia de la declaración del numeral primero, la Nación debe pagar a favor del mismo demandante la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) por concepto de perjuicios morales que sufrió a consecuencia del accidente".

Ese el fallo que, cumplido el trámite correspondiente a la segunda instancia con intervención del señor Procurador delegado en lo civil como representante del Estado, compete a la Corte revisar en grado de apelación interpuesta por el opositor.

I. Lo que se ha debatido en la segunda instancia.

1. Ha quedado establecido en el proceso, sin que sea motivo de discusión entre las partes, el suceso básico de la demanda, o sea, las heridas recibidas por el demandante y las consiguientes lesiones, así como la autoría que corresponde al agente de la Policía Nacional Jaime Ortiz Cartagena, con las declaraciones de los testigos presenciales Emilio Suárez Jaramillo, Luis A. Holguín Ramírez y Hernán Restrepo Cadavid; lo mismo que la calidad de agente de aquel cuerpo que tenía Ortiz el día del accidente, con las copias del decreto de nombramiento y del acto de posesión y las constancias de sus destinaciones y traslados y de encontrarse en aquella fecha de servicio en el nombrado municipio. Aparece también suficientemente acreditado, con el dictamen pericial de los médicos Samuel Jiménez Arcila y Enrique Muñoz Villa y las certificaciones del Consultorio Médico Departamental de Antioquia y del Médico Jefe del Hospital de San Vicente de Paúl, que a consecuencia de las heridas el demandante se vio sometido a tratamiento médico quirúrgico, con seis meses de incapacidad, y que presenta un déficit funcional de la mano izquierda que se ha hecho permanente.

Son extremos éstos que no han sido materia de debate entre las partes, lo que excusa a la Sala de entrar en el examen minucioso de las pruebas aducidas para comprobarlos.

2. Se ha detenido el señor Procurador Delegado, en cambio, en lo que concierne a la imputabilidad a la Nación de culpa por el hecho de su dependiente, para alegar que esa culpa no ha sido demostrada, ni aun respecto del agente que causó el daño, y manifestar su desacuerdo con la doctrina sostenida por la Corte de tiempo atrás en relación con el artículo 2356 del Código Civil, y en lo atinente, además, al ámbito o extensión de los perjuicios reclamados en el libelo y reconocidos por el tribunal sentenciador. A estos dos puntos ha de concretar la Sala, por lo tanto, el estudio de las conclusiones del fallo que es objeto del recurso, previa transcripción de los conceptos que sobre tales materias expone el señor agente del Ministerio Público.

II. Concepto del Procurador

3. No comparte el señor Procurador el criterio ya tradicional de la Corte sobre interpretación del artículo 2356 del Código civil, a propósito del cual criterio expresa las siguientes opiniones:

"Por regla general para responsabilizar indirectamente a una entidad de derecho público por hechos de sus dependientes es necesario que exista y se demuestre debidamente responsabilidad de parte del dependiente mismo, uno de cuyos elementos es la culpa. Sin establecer plenamente la culpabilidad del vehículo de la responsabilidad es imposibe, por regla general, imputar responsabilidad al principal.

"Determinada la responsabilidad del agente directo el responsable indirecto puede evadir una sentencia condenatoria desvirtuando la presunción de culpa (*in eligendo o in vigilando*) que pesa sobre él.

"Afirma la honorable Corte Suprema de Justicia que el legislador, en el artículo 2356 del Código Civil estableció una *presunción de culpa* contra quien cause un daño en desarrollo de 'actividades peligrosas', siendo una de ellas el porte de armas de fuego.

"Como consecuencia de esta presunción 'a la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa por su naturaleza lleva envuelto el de la culpa en caso de accidente' (C. C. Jorge Ortega Torres, 1950, pág. 779).

"Estimamos que este no es el sentido que debe darse al artículo transcrito. El artículo 2356, inciso primero, exige que el hecho pueda imputarse a 'malicia o negligencia', lo que equivale a decir que el demandante debe probar dichos elementos, y el ordinal 1º del mismo artículo repite idéntico concepto al no limitarse a decir, el que dipara un arma de fuego, sino al preceptuar 'el que *imprudentemente dispara...*'

"De lo anterior se deduce que al actor corresponde demostrar dicha imprudencia, cosa que no hizo en este proceso. El dicho de los testigos a ese respecto no es suficiente. La calificación de negligente que un hecho pueda tener es punto de derecho, no es cuestión fáctica sobre la cual puedan pronunciarse, los testigos. A ellos compete solamente atestiguar hechos y al fallador pronunciarse acerca de si ellos constituyen negligencia o dolo. En el caso presente los testigos no han referido hechos que puedan ser calificados como negligentes; se han limitado a afirmar que el agente de la Policía Nacional obró imprudentemente, sin dar razón de su dicho. Ello constituye una inadmisible inferencia que no corresponde hacerla a un testigo.

"Determinada la responsabilidad del agente directo el responsable indirecto debe desvirtuar la presunción de culpa que existe contra él, demostrando que observó toda diligencia y cuidado en la elección y vigilancia de su empleado.

"A este respecto, aunque a primera vista, por el hecho de no haber pedido el señor Fiscal prueba alguna dentro del proceso, podría considerarse que el Estado no desvirtuó la presunción de culpa que pesa sobre él, cabe observar los siguientes puntos. Según consta del acta de posesión del agente Ortiz Cartagena (cuaderno número 2, fol. 18 vto.) dicho agente exhibió al posesionarse libreta militar de primera clase, es decir aquella que se expide a quienes han prestado el servicio militar obligatorio. Conocido es el hecho de que uno de los puntos fundamentales de la instrucción dada a los reclutas es el mantenimiento y manejo de armas de fuego. En consecuencia, debe presumirse que el agente Ortiz era versado en estas materias y que la Nación obró diligentemente al elegirlo para desempeñar las funciones de agente de la Policía y encomendarle armas de fuego".

4. Respecto de los perjuicios, el señor Procurador analiza así las pruebas traídas a los autos para acreditarlos:

"Según el dictamen de los médicos peritos la lesión se reduce a lo siguiente: (folio 22 del cuaderno 2): 'a) Anestesia del borde radial del dedo medio y borde cubital del índice; b) Rigidez franca a los movimientos de flexión y extensión a nivel de la articulación metacarpo falángica del segundo y tercer dedo. Por esto, el señor Guillermo Arango Rojas tiene actualmente una incapacidad funcional parcial definitiva que podría mejorarse con el tratamiento quirúrgico y que le impide las labores de su profesión de mecánico'.

"Contiene dos aspectos diferentes el anterior dictamen:

"1) Respecto a la parte técnica, es suficientemente claro que la lesión es reparable, en parte, por intervención quirúrgica (dictamen pericial, folio 22 vuelto del cuaderno número 2); certificado del médico jefe departamental de Antioquia, folio 17 del cuaderno número 2). No tiene el carácter irreparable que se le ha querido dar. Son contradictorias las palabras empleadas por los peritos cuando dicen de una parte que la lesión 'podría mejorarse', es decir, que era reparable, y de otra que es definitiva. Además, según constancia que aparece a folio 17 del cuaderno número 2 el lesionado fue inconstante en su asistencia al tratamiento de rehabilitación que se le dispensaba en el consultorio médico departamental, negligencia que muy bien pudo impedir una total mejoría.

"2) La parte final del dictamen en la cual se dice que la lesión impide las labores profesionales del demandante no es aceptable, por dos motivos: Primero, los peritos no fundamentaron en manera alguna la razón de su dicho siendo difícil concluír que de la inmovilización de dos dedos de la mano izquierda resulte un impedimento grave para ejercer la profesión de mecánico. Segundo, que dicha apreciación subjetiva está desvirtuada por el hecho mismo de haber ejercido el señor Arango su profesión de mecánico, con el mismo sueldo, con posterioridad a la lesión sufrida, hecho que aparece demostrado en el certificado traído al juicio por el actor y que obra al folio 10 vuelto del cuaderno número 2 que dice: 'En el empleo anterior y con igual jornal trabajó de enero 1º a abril 13. Del 14 de este mes al 15 de septiembre estuvo incapacitado. Del 16 de este mes a octubre 13 trabajó en el mismo empleo y con igual jornal. En el mes de febrero faltó tres días'.

"Puede deducirse de lo anterior que el lesionado no sufrió incapacidad permanente alguna para el desarrollo de su trabajo y que por tanto la apreciación de los señores peritos es errónea.

"Al respecto dicen los peritos: 'Considerando el oficio ejercido por el actor (mecánico), debemos llegar a la conclusión de que en razón de la pérdida de los movimientos de flexión y extensión de algunos órganos de su mano izquierda, lo que la inutiliza para el ejercicio de su profesión, su merma de capacidad por este concepto puede valorarse en un 30%'.

"Quedó demostrado en el aparte anterior, la errónea conclusión a que llegaron los peritos médicos cuando afirmaron que la imposibilidad

de movilizar dos dedos de la mano izquierda inhabilitó al demandante para ejercer la profesión de mecánico.

"Aún admitiendo alguna incidencia del accidente en las posibilidades laborales del actor no es justo, como concluyen los peritos avaluadores, valorar en un 30% la merma de capacidad laboral. El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 209 trae una tabla de valuación de incapacidades producidas por accidente de trabajo, que en el grupo tercero dice:

" 'Miembro superior izquierdo (...) Anquilosis por artritis post-traumática de cualquiera de las articulaciones interfalangianas, o de las metacarpo-falángicas de los dedos de la mano izquierda, con excepción del pulgar, 2%'.

"Teniendo en cuenta este porcentaje resultan exagerados y arbitrarios los daños fijados por los peritos avaluadores. El verdadero monto de ellos, conforme a la tabla del Código Laboral se determinaría como sigue:

"Disminución de la capacidad laboral: 2%, que aplicada a un salario de $ 8.00 diarios equivale a), 16 de disminución diaria y 58.40 anual.

"Al aplicar el coeficiente señalado por Garufa (G. J., t. 55, Nº 1996 y 1998) tenemos: si la vida probable de Arango es de 37 años, el coeficiente es de 14.716 que multiplicado por el monto anual de la disminución ($ 58.40) nos da $ 879.40. Esta suma es la que han debido señalar los peritos como indemnización (...).

"Aún en el caso de no ser suficientes los argumentos anteriores cabe agregarse que al no haberse cubierto el valor de los honorarios de los peritos avaluadores, hecho que se demuestra por la ausencia del recibo correspondiente, según disposiciones legales pertinentes el dictamen carece de toda fuerza (Ley 63 de 1936, art. 60, y art. 568 del C. J.)".

III. Consideraciones de la Corte

a) *Presunción de culpa*

5. El razonamiento del señor Procurador se encamina a demostrar que a tenor del artículo 2356 del Código Civil para que haya lugar a la reparación del daño el demandante debe acreditar que el agente obró con negligencia o malicia, contra la reiterada jurisprudencia de la Corte, que enseña que la expresada norma se aparta del sistema general que establece esa reparación con base en la culpa probada, para consagrar una presunción de culpa que sólo puede desvirtuarse con la prueba de la causa extraña, del caso fortuito o de la fuerza mayor liberatoria.

6. Conocida es, sin embargo, la forma como la presión creciente de los hechos sociales y económicos, y especialmente, del progreso mecanizado, impulsa en muchos países una evolución legislativa dirigida a facilitar a la víctima el resarcimiento del daño, en caso de riesgo creado o de hechos que por sí mismos denuncian una conducta negligente o ilícita, y cuando no una evolución legislativa, por lo menos un desarrollo jurisprudencial que, como el cumplido en Francia, en Chile y en Colombia, ha venido a descubrir en los preceptos que regulan la responsabilidad extracontractual verdaderas presunciones de culpa y de responsabilidad que implican, por lo que hace a la carga de la prueba, excepciones a la regla general sobre culpa probada que contiene el artículo 2341 del Código Civil.

7. En casación de 14 de marzo de 1938 (G. J., XLVI, 216 ss.). dijo la Corte, acogiendo la doctrina postulada por eminentes comentaristas de los Códigos colombiano y chileno, que el artículo 2356 del Código Civil consagra una "presunción de responsabilidad" (otros dicen de peligrosidad o de causalidad), que resulta de los términos mismos en que está concebida la norma, pues que, según ellos, sólo se exige que el daño *pueda imputarse* a malicia o negligencia del agente para que deba ser considerado "como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer"; de donde se deduce que la prueba corresponde al demandado, puesto que la presunción favorece al actor.

8. Pero no se detuvo ahí la Corte, sino que completa la doctrina así formulada deduciendo consecuencias que no podía menos de sacar de las anteriores premisas; y es así como admite que la única prueba oponible a la presunción del artículo 2356 es la de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de una causa extraña al demandado; "el artículo 2356 —se expone en aquel fallo, cuya doctrina ha venido siendo reiterada en numerosas decisiones de las salas de Casación Civil y de Negocios Generales— parte de la base de la imputabilidad de culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el sólo hecho de ejercerla, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandado de responsabilidad, a saber: a) La fuerza mayor; b) El caso y fortuito, y c) La intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente"; conclusión lógica, porque siendo el fundamento de la presunción la *posibilidad* de imputar

el daño a malicia o negligencia, esto es, el reconocimiento de que hay hechos que por sí solos demuestran la culpabilidad del autor dentro de un razonable cálculo de probabilidades humanas, aun acreditado en términos generales su diligente y cuidadoso proceder la sola ocurrencia del perjuicio continúa denunciando, en ciertos casos, un error de conducta, mientras no se establezca la presencia de una causa extraña o del caso fortuito o la fuerza mayor eximentes de responsabilidad. Es por tanto la virtualidad de una apariencia puesta de manifiesto por un hecho indicador —el daño— lo que en este caso hace insuficiente la prueba general de la ausencia de culpa, puesto que esta última prueba no alcanza a destruír la apariencia creada por aquel hecho indicador, o más propiamente, la fuerza de éste para hacer inferir un error de conducta, sino que para lograrlo se hace indispensable la prueba específica de otro hecho que descarte la verosimilitud de la conducta culposa o ilícita del demandado.

9. Las siguientes razones contribuyen a establecer que la anterior interpretación es la que conviene al artículo 2356 del Código Civil:

De las disposiciones que en el artículo 34 del libro IV del Código Civil regulan la responsabilidad extracontractual, hay unas —las de los artículos 2341 y 2351, por ejemplo— que a tenor del texto consagran la responsabilidad por culpa probada, pues que el supuesto jurídico de dicha responsabilidad es en los casos a que esa regla se refiere que el demandado haya *cometido* la culpa o el ilícito, por lo cual el *onus probandi* incumbe al actor. Hay otras —como las de los artículos 2346, 2347, 2348, 2349, 2350 y 2351— que prescriben un deber general de vigilancia y cuidado, o sea, una obligación de medio (tomar las medidas necesarias para no causar daño), de modo que cabe la presunción de que si sobreviene un perjuicio es debido a una infracción que hace responsable al autor de ella; pero por ser de medio la obligación infringida, a la presunción le es oponible la prueba general de la ausencia de culpa. Otras hay, finalmente —las de los artículos 2345, 2353, 2355 y 2356— en que el supuesto jurídico de la responsabilidad no es ya solamente haber faltado al deber general de observar una conducta prudente, sino que ese deber se desplaza hacia la obligación específica —de resultado— de no causar daño en el ejercicio de una actividad que, peligrosa o no en sí misma, bien por su naturaleza o ya por las circunstancias en que se desarrolla requiere especiales precauciones, al punto de no ser suficiente para exonerarse de responsabilidad la prueba de la diligencia y cuidado sino que es menester la del hecho que demuestre que tal responsabilidad no puede serle atribuída al demandado en ningún caso.

No otra cosa es lo que a tenor del texto está expresando el artículo 2356. La inflexión verbal de subjuntivo *pueda,* que rige la proposición con que comienza el precepto y precisa el objeto sobre que recae el deber de reparar, y que equivale a locuciones como "que sea posible", "que sea dable", "que sea susceptible", etc., está indicando —como en otras oportunidades lo ha hecho notar la Corte—, en acuerdo con Alessandri Rodríguez (*Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* Dalloz) que con sólo que sea posible la imputación de culpa dentro de un razonable cálculo de probabilidades, élla se presume y, como consecuencia, el deber de indemnizar; de modo que basta conque el perjuicio sea susceptible de ser atribuído a "malicia o negligencia", por motivo de una apariencia que autorice la presunción, para que se suponga la existencia de un error de conducta que obliga a responder si no se comprueba una causal exonerativa de responsabilidad. Y ello, como se observó ya, porque la norma no se limita a prescribir una regla general de conducta, sino que en sus términos está implícito el deber jurídico de no causar daño y de reparar el que se ocasione, siempre que el agente no logre acreditar la imposibilidad de haber incurrido en culpa, lo que sólo puede realizarse en la forma que ha quedado expresada.

10. Pero afirma el señor Procurador que la exigencia de "que el hecho pueda imputarse a 'malicia o negligencia' (...) equivale a decir que el demandante debe probar dichos elementos", sin parar mientes en que la referencia a ellos no tiene en el artículo 2356 el alcance de un precepto relativo a la organización y disciplina de la prueba, sino la finalidad de destacar la responsabilidad simplemente objetiva, extraña al sistema general del Código —que, no obstante, lo consagra por vía de excepción en el artículo 2354—, para fundar la obligación de resarcir en el elemento subjetivo de la culpa, más bien que en el riesgo creado como pudiera entenderse si en vez de aludir a la falta de prudencia la regla impusiese el deber de indemnizar con sólo que el perjuicio pueda imputarse al demandado.

11. Por estas razones la Sala, en desacuerdo con el concepto del Procurador, reitera una vez más la doctrina largamente sostenida por la Corte en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, conforme a la cual el artículo 2356 consagra una presunción de culpa que no puede desvirtuarse con la prueba general que sería oponible según el artículo 63 del Código

Civil, sino que exige la del hecho eximente de responsabilidad ya que el deber de indemnizar no resulta en este caso de la infracción de una obligación de medio sino de una de resultado; aunque sin llegar a la responsabilidad objetiva, pues que ese deber se funda de todos modos en la culpa, y por consiguiente, es susceptible de que se le opongan motivos adecuados de exoneración. Y como, siendo de presumirse la culpa, en el caso concreto de este juicio no se ha acreditado que el accidente se debiera a caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un tercero, sino que el esfuerzo de la parte opositora se ha dirigido exclusivamente a establecer la prueba general de la diligencia y cuidado, la Corte encuentra ajustadas a la ley las conclusiones del fallo de primer grado en cuanto impone a la Nación la obligación de responder por el hecho ejecutado por su dependiente.

b) *El daño*

12. El dictamen de los peritos que avaluaron los perjuicios sufridos por el demandante se funda en la peritación de los médicos doctores Samuel Jiménez Arcila y Enrique Muñoz Villa, que en lo fundamental expresa: "Actualmente presenta (el damnificado): a) Anestesia del borde radial del dedo medio y borde cubital del índice. b) Rigidez franca a los movimientos de flexión y extensión a nivel de la articulación metacarpo-falángica del segundo y tercer dedo. Por todo ésto, el señor Guillermo Arango Rojas tiene actualmente una incapacidad funcional parcial definitiva que podría mejorarse con el tratamiento quirúrgico, y que le impide las labores de su profesión de mecánico"; también manifiestan los peritos médicos que "se hizo fisioterapia con el fin de rehabilitar la función, no lográndose la recuperación completa posiblemente por el carácter mismo de la lesión", con lo que no hacen sino reiterar lo que se lee en el certificado del Médico Jefe del Consultorio Médico Departamental, quien informa: "Se envió el paciente a fisioterapia y rehabilitación, asistiendo en forma muy inconstante solamente a 12 sesiones. El carácter mismo de la lesión explica bien la imposibilidad de lograr recuperación funcional completa".

Con base en los anteriores conceptos los peritos señores Jairo Duque Velásquez y Leonidas Gómez Botero, "considerando el oficio ejercido por el actor (mecánico)", llegan a la conclusión de que "en razón de la pérdida de los movimientos de flexión y extensión en algunos órganos de su mano izquierda, lo que la inutiliza para el ejercicio de su profesión, su merma de capacidad por este concepto puede valorarse en un 30%", y partiendo de este supuesto, y con aplicación de las tablas de supervivencia utilizadas en Colombia por las compañías de seguros y de las de Garufa determinan el perjuicio material en la forma siguiente: "Como su salario es de $ 8.00 diarios, ese treinta por ciento equivale a la suma de $ 2.40 como disminución en el ingreso de cada día. Al año, o sea en un período de 365 días, la merma en el ingreso se eleva a la cantidad de $ 876.00. Conforme a las indicaciones relacionadas por el susodicho profesor Garufa, la suma que debiera consignarse en un banco para los efectos indicados, habida consideración de la vida probable (37 años) del señor Arango, equivale a la cantidad de $ 14.716 (catorce pesos con setecientas diez y seis milésimas). De acuerdo con esas mismas explicaciones, la referida suma se multiplica por $ 876.00 que es el valor anual que deja de percibir y su resultado es el valor justo de la indemnización que en este caso debe pagar el responsable y que asciende a la cantidad de doce mil ochocientos noventa y un pesos con 21 centavos ($ 12.891.21) moneda legal. En esta suma de $ 12.891.21 avaluamos de común acuerdo la indemnización material que corresponde, según lo relacionado, al demandante".

13. El señor Procurador delegado en lo civil critica el dictamen anterior con las siguientes razones: a) Es contradictorio el concepto de los peritos médicos, y en todo caso, por él se colige que la lesión no es definitiva sino reparable, al menos en parte, con tratamiento quirúrgico; b) La afirmación del mismo dictamen de que la lesión le impide a Arango las labores de su profesión de mecánico, no aparece fundada, y además, se halla desvirtuada con el hecho de haber continuado aquél desempeñando el oficio mencionado con posterioridad al accidente, con el mismo salario, y c) El cálculo en un treinta por ciento de la disminución de la capacidad laboral sufrida por el demandante es arbitrario, como que el Código del Trabajo, en la tabla de valuación de incapacidades contenidas en su artículo 209, no señala a la lesión sufrida por Arango sino un dos por ciento de disminución.

14. No comparte la Sala el criterio del señor Procurador de la estimación del perjuicio con base en la tabla de valuación de incapacidades que trae el artículo 209 del Código del Trabajo, pues que dicha tabla, en la cual el daño se halla determinado de antemano, y con prescindencia de la idea de compensación exacta o en justa proporción del realmente sufrido, sólo se propone garantizar al trabajador un *mínimo* de segu-

ridad contra el riesgo profesional, por lo que la indemnización bien puede resultar muy inferior a la cuantía verdadera del perjuicio. Este concepto, que es el que de la indemnización por accidente de trabajo tiene la doctrina, es el recogido en la legislación nacional, que da a tal indemnización el carácter de *prestación social*, es decir, de obligación impuesta por la ley y proveniente del contrato de trabajo, distinta de la nacida de la culpa que el trabajador puede hacer efectiva ejercitando las acciones que para ello consagra el Código Civil. Muy clara aparece la distinción entre la prestación social que se debe al trabajador por accidente de trabajo y la indemnización del daño que haya sufrido por culpa del empresario o patrono, si se detiene la atención en que para conceder el derecho a la primera la ley toma en cuenta la cuantía del capital de la empresa o industria (C. S. del T., arts. 223, 224, 225, 226), y sobre todo, en que cuando se trata de accidente causado por culpa del patrono, éste "está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas que las regulan" (C. S. del T., art. 216); lo que demuestra que el legislador en ningún caso ha querido subordinar el resarcimiento del daño proveniente de la culpa imputable al empresario o industrial a la tarifa de incapacidades establecida con el fin de asegurar al trabajador un mínimo del riesgo a que se expone por las condiciones o circunstancias en que se desarrolla su actividad profesional.

15. Sin admitir, porque contraría la evidencia, el concepto del señor Procurador de que la lesión permanente de uno o más dedos de una mano no disminuye la capacidad productiva de quien ejerce una actividad como la de mecánico; ni aceptar que el eventual desempeño por breve lapso del mismo oficio con idéntico salario sea prueba suficiente de que no se produjo un déficit de tal capacidad, lo que, por otra parte, podría permitir al agente crear la prueba necesaria para libertarse del pago del perjuicio, debe recibirse como razonable, en cambio, la crítica que el nombrado funcionario hace al dictamen médico, porque efectivamente éste se limita a establecer la existencia de una incapacidad parcial permanente, y la posibilidad de cierta recuperación mediante tratamiento quirúrgico, pero sin indicar el déficit funcional actual de la mano izquierda del actor ni expresar cuál sería el definitivo después de practicado el tratamiento. El déficit actual de capacidad no fue calculado en un treinta por ciento por los médicos sino por los peritos que regularon los perjuicios, señores Duque Velásquez y Gómez Botero, y ocurre que éstos no exponen las razones de tal concepto, ni éste ofrece otros motivos de credibilidad porque no siendo facultativos quienes lo emiten no dictaminan "según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda", como lo exige el artículo 722 del Código Judicial cuando se trata de aplicar un criterio técnico; y la apreciación de una deficiencia funcional orgánica de esta especie es problema técnico, por lo cual para que tenga mérito de convicción debe ser hecha por expertos. Pero aún si pudiera reconocérsele al dictamen valor probatorio en lo que a este punto se refiere, la posibilidad de alguna recuperación —posibilidad a la cual aluden los peritos médicos— hace dudar de la equidad de una estimación de perjuicios permanentes o definitivos, calculados para el resto de la vida probable del damnificado, sobre la base de una deficiencia funcional orgánica que con tratamiento adecuado puede ser menor en el curso de corto lapso.

Es lo indicado, por consiguiente, no aceptar una liquidación de perjuicios verificada con base en un supuesto que no aparece suficientemente fundado, y que, por otra parte, no se halla de acuerdo con el dictamen médico, y reformar la sentencia en cuanto contiene una condena en concreto para que tales perjuicios se regulen por la vía establecida en el artículo 553 del Código Judicial, ya que la falta de un factor tan importante como es el grado de déficit funcional sufrido por el demandante no permite hacerlo en este fallo.

16. No sobra agregar, respecto del dictamen pericial, y en atención a que el señor Procurador solicita su desestimación por no aparecer cubiertos los honorarios de los avaluadores, que en concepto de la Corte "anticientífico como es el precepto del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, no debe agravarse con una interpretación ceñida a los términos de sus cláusulas. La pena de ese artículo, antes de ser aplicada por el juez, exige, por la magnitud de las consecuencias que conlleva, el apercibimiento o la conminación a la parte respectiva de que en el término que al efecto se le señale está obligada a efectuar la prestación del pago de los peritos y a presentar en el proceso la constancia del caso. Sólo así es posible considerar a la parte en mora y renuente a pagar el honorario pericial para los fines del citado artículo" (G. J., tomo XLVII, 53). Y como en este proceso no hubo conminación o requerimiento a ninguna de las partes para el pago de los honorarios de los peritos avaluadores, no es el caso de aplicar

la disposición arriba citada, sino que la peritación debe apreciarse por su valor legal, debiendo tenérsele en cuenta para acreditar el daño causado, con las observaciones que ya se le han formulado.

IV. Bases para la liquidación

17. Para hacer la liquidación de los perjuicios por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) La edad del demandante conforme al acta eclesiástica de nacimiento que obra al folio 2 del cuaderno principal del expediente.

b) La supervivencia del mismo demandante a partir de la fecha del accidente, conforme a las tablas de vida probable adoptadas para Colombia por las compañías de seguros, debiendo tenerse en cuenta que según el dictamen de los médicos Arango Rojas era en aquella fecha hombre "en buen estado físico", cuyos sistemas "respiratorio, circulatorio, renal y demás órganos de la economía se hallan clínicamente normales", siendo "su única queja la incapacidad funcional de la mano izquierda".

c) El salario de ocho pesos con cinco centavos ($ 8.05) diarios que el damnificado devengaba como ayudante de mecánico en los talleres departamentales de Antioquia el día del accidente.

d) Su profesión de mecánico, que tiene acreditada con certificado del Jefe del Departamento de personal de la Gobernación de Antioquia y las declaraciones de Emilio Suárez Jaramillo, Luis Holguín Ramírez y Hernán Restrepo Cadavid.

e) La incapacidad absoluta que padeció desde la fecha del accidente hasta el diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho en que entró a trabajar nuevamente en los talleres departamentales con el mismo salario y en el mismo empleo según el certificado del jefe de personal a que ya se hizo alusión.

f) La incapacidad relativa o deficiencia funcional que padezca a partir del trece de octubre —día hasta el cual trabajó en los talleres departamentales— hasta la fecha en que conforme a lo que se dispone en este fallo expire el término para que la Nación verifique el pago de los perjuicios causados.

g) La incapacidad relativa o deficiencia funcional que le quede como definitiva a partir de esta última fecha sometiéndose a intervención quirúrgica o al tratamiento que por peritos se juzgue indispensable.

h) El costo de esta intervención o tratamiento.

18. Al hacer la liquidación debe tenerse en cuenta que el perjuicio sufrido durante el lapso de la incapacidad absoluta es igual al monto del salario dejado de devengar durante el mismo período, a razón de ocho pesos con cinco centavos diarios, en tanto que el de los períodos subsiguientes debe calcularse tomando en consideración la deficiencia funcional respectiva.

La cuantía de la indemnización no podrá exceder la suma total —computados los perjuicios morales— a que fue condenada la Nación en la sentencia de primera instancia, por virtud de lo prescrito en el artículo 494 del Código Judicial, ni para calcularla podrá tenerse en cuenta el lapso comprendido entre el diez y seis de septiembre y el trece de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho en que el demandante devengó sueldo del Departamento de Antioquia.

Para hacer la liquidación puede emplearse las tablas elaboradas por Garufa y el procedimiento por él indicado en su *Formulario del ingeniero*, u otros semejantes, por haber sido ya aceptados por esta Sala en otras ocasiones y para el mismo efecto como "un notable avance en el campo de la equidad de las prestaciones" cuando éstas deban ser sucesivas, por los motivos ampliamente expuestos en el fallo de la Sala de Negocios Generales de 2 de abril de 1943 (G. J., tomo LV, 417 ss.).

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º Confírmanse los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el seis de mayo de mil novecientos sesenta.

2º Refórmase el numeral tercero del mismo fallo, que quedará así: como consecuencia de la declaración contenida en el numeral segundo de la sentencia de primer grado, condénase a la Nación a pagar al demandante señor Guillermo Arango Rojas por concepto de perjuicios materiales sufridos con motivo del accidente de que

dan cuenta los autos, la suma que se establezca por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, la cual le será pagada, con la debida por el perjuicio moral, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la providencia que aprueba la liquidación o regule la indemnización por los perjuicios materiales.

No hay lugar a condenación en costas en la segunda instancia.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Efrén Osejo Peña.

Jesús M. Castillo, Secretario.

ADVERTENCIA

A más de los fallos anteriores, la Sala de Casación Civil, en los meses de septiembre, noviembre y diciembre de 1961, profirió también los que a continuación se relacionan, junto con los títulos de las materias jurídicas en ellos tratadas, y que no se publican en la Gaceta por falta de espacio.

Dictamen pericial. Los peritos no juzgan, colaboran. Poderes discrecionales del sentenciador en la apreciación de la prueba pericial. Por sentencia de 7 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de lesión enorme promovido por Pastora Ruiz de Ruiz y otros contra Alejandro Galvis Jurado. Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez.

Bienes adjudicados. Prueba de su dominio. Por sentencia de 11 de septiembre de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio promovido por Berta Salazar de Granados contra Celia Virgüez de Ruiz. Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse.

Permuta de terrenos ejidales y adjudicación gratuita de los mismos. Formalidades administrativas esenciales para su validez. Por sentencia de 29 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario reivindicatario promovido por Augusto Gómez Gómez contra Guillermo Vidal Brugés. Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse.

Notificaciones personales. El acto de la firma del notificado debe ser presenciado por el Secretario del Despacho Judicial. Por providencia de 23 noviembre de 1961, se repone la de 21 de septiembre de los mismos, por la cual se declaró desierto el recurso de casación, y se tiene por presentada en tiempo la demanda formulada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, en el ordinario adelantado por el Municipio de Cali contra "J. Fernández & Cía. Ltda.". Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco.

Reivindicación. Diferencia principal entre esta acción y la petitoria de dominio o de pertenencia que a todo dueño compete. Demanda. Los hechos son los elementos que estructuran las acciones. Por sentencia de 18 de diciembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre simulación de un contrato de venta adelantando por Luis Alberto Rodríguez y otro contra Benilda Sandoval. Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.

Violación directa de la ley. Son cargos distintos la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea. Error de hecho y de derecho. Por sentencia de 18 de diciembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatario promovido por José Vicente Rodríguez O. contra Vidal Melo R. y otros. Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R.

Los Jueces de mérito disfrutan de autonomía para estimar los hechos en que se fundan las pretensiones de las partes. Por sentencia de 19 de diciembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario de filiación natural promovido por Beatriz Villarreal de Pen contra los sucesores de Miguel Romero Sánchez. Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava.

ADVERTENCIA

La Sala de Casación Penal profirió, además, durante los meses de septiembre a diciembre de 1961, las sentencias que se relacionan a continuación, las cuales no se publican por falta de espacio.

Peculado. Integración del delito de peculado. La corte no repone su providencia de 22 de junio de 1961. Por providencia de 11 de septiembre de 1961 así resuelve la Corte respecto del llamamiento a juicio por el delito de peculado atribuído al Coronel Daniel Cuervo Aráoz, en su condición de Gobernador del Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Delito de homicidio. Invocación de la causal cuarta de casación. El Decreto 1231 de 1951 y la facultad de solicitar pruebas. Es improcedente atacar la sentencia con invocación del artículo 26 de la Carta, cuando no se conculcó el derecho de defensa. Con fecha 13 de septiembre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, que condenó a Jesús María Gómez Rubio por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Nulidades en el proceso penal. Sorteo parcial de jurados. Con fecha 13 de septiembre de 1961, la Corte no invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín que condenó a Gilberto Antonio Mazo Saldarriaga como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.

Impedimentos. Por auto de 13 de septiembre de 1961, la Corte confirma el dictado por el Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual declaró infundado el impedimento manifestado por el Magistrado de ese Tribunal, doctor José Víctor Aldana Sáiz para conocer de un proceso. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Faltas a la moral profesional en el ejercicio de la abogacía. Con fecha 18 de septiembre de 1961, se reforma la providencia consultada proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en la acción adelantada contra Iván Restrepo Zapata, según querella formulada por Carmen Restrepo viuda de Monsalve y Rodrigo Ramírez. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Demanda de casación. Requisitos para sustentarla. Por auto de 19 de septiembre de 1961, la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Medardo Gamboa Villanueva y otros, como responsables de los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres.

Extradición. Con fecha 11 de octubre de 1961, la Corte emite concepto adverso a la solicitud formulada por la Embajada de la República Federal de Alemania sobre la extradición del ciudadano alemán Friedrich Wilhelm Matnieu. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Recusación. Por manifestar el Magistrado opinión sobre asunto materia del proceso. Ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Con fecha 19 de octubre de 1961, la Corte resuelve separar del conocimiento en el proceso adelantado a Luis Carlos Camargo por el delito de homicidio, al doctor Gustavo Bazzani, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

La aplicación de las normas del Decreto 012 de 1959 a procesos por delitos no enumerados taxativamente en su artículo primero, constituye violación del artículo 26 de la Carta. Finalidad primordial de ese estatuto. Con fecha 20 de octubre de 1961, la Corte invalida el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso que condenó a Gilberto Botero Botero como responsable de los delitos de peculado y falsedad en documentos, en la modalidad de continuados. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta.

Inaplicabilidad del Decreto 012 de 1959 en el juzgamiento de delitos cometidos con anterioridad a su expedición y vigencia. Nulidades procesales. Con fecha 23 de octubre de 1961, la Corte invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Nemesio Murillo Mora, Gonzalo España Díaz y otros por los delitos de homicidio y homicidio frustrado. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres.

La aplicación del Decreto 0012 de 4 de junio 1959 a procesos en torno a hechos consumados con anterioridad a su expedición y vigencia, entraña flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Con fecha 26 de octubre de 1961, la Corte invalida la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Buga, mediante la cual condenó a Alpidio José Rojas Cárdenas como responsable del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres.

Reiterada y constante ha sido la doctrina de la Corte respecto a que no procede aplicar el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, a procesos en torno a hechos consumados con anterioridad a la expedición y vigencia del mencionado estatuto, precisamente porque con ello se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional. Con fecha 26 de octubre de 1961, la Corte invalida la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Luis Enrique Duarte Morales como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres.

Colisión de competencia negativa. Por providencia de 26 de octubre de 1961, la Corte se abstiene de dirimir la colisión de competencia suscitada entre el Comandante de la Sexta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Ibagué, y el Comando del Ejército, en relación con el proceso adelantado contra los militares Cabo 1º Jorge Cifuentes Rojas y el soldado Fidel Castaño Ramírez. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Faltas contra la ética profesional de la abogacía. Prescripción de la acción penal disciplinaria. Con fecha 26 de octubre de 1961, la Corte reforma la providencia consultada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la acción adelantada al abogado Francisco Ferrer Cassiani por faltas en el ejercicio de la profesión. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

La Corte reitera su doctrina referente a que la aplicación de las normas de procedimiento del Decreto 012 de 1959 en el juzgamiento de hechos delictuosos cometidos antes de su vigencia, viola el artículo 26 de la Carta, porque su averiguación y juzgamiento corresponde ser adelantado mediante los trámites previstos en el Código de Procedimiento Penal. Con fecha 4 de noviembre de 1961 la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Alberto Marín, Apolinar Ruiz y José Rivera o Humberto García Daza como responsables del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

La aplicación de las normas de procedimiento del Decreto 012 de 1959 en el juzgamiento de hechos delictuosos cometidos antes de su vigencia, viola el artículo 26 de la Constitución. Con fecha 7 de noviembre de 1961, la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Buga, que con-

denó a Jairo Mejía Pérez como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

Faltas contra la ética profesional del abogado. Carácter contravencional y prescriptibilidad de las faltas. Cesación del procedimiento administrativo o disciplinario cuando se desprende la comisión de un delito. Criterio que orientó la inclusión de la norma del artículo 10 del Código Penal en la legislación penal vigente. Diferencias entre contravenciones y delitos. El tiempo de prescripción siempre es menor para las contravenciones. Inexistencia en el país de un Código de faltas o contravenciones. Con fecha 8 de noviembre de 1961, la Corte resuelve revocar la sentencia dictada en el proceso seguido contra el doctor Otoniel Fernández S. por faltas a la ética profesional del abogado. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.

Falsedad en documentos. No hay responsabilidad frente a la ley penal colombiana cuando la conducta del sindicado por falsedad documentaria, no contiene moralmente intención delictuosa alguna. Con fecha 10 de noviembre de 1961, la Corte confirma la providencia consultada del Tribunal Superior de Pamplona, por medio de la cual dispuso sobreseer definitivamente en favor del doctor Ciro Rodríguez Villamizar por el delito de falsedad en documentos. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Delito de homicidio en la modalidad de asesinato. Juicio tramitado con sujeción a normas del Decreto 0012 de 1959. La prescripción legal contenida en la parte final del parágrafo del artículo 7º del mencionado Decreto, fue correctamente aplicada por el Tribunal. Causales 4ª y 2ª de casación. Con fecha 10 de noviembre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Gaspar Rocha Osorio, como responsable del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres.

Revisión en materia penal. Su objeto y naturaleza. Incompetencia de la Corte para conocer, a través de este recurso, de asuntos típicamente disciplinarios dentro del régimen de las Fuerzas Militares. Con fecha 21 de noviembre de 1961, la Corte niega el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia ejecutoriada del Comando General de las Fuerzas Militares contra el Sargento Segundo Ricardo Esguerra Victoria, por faltas disciplinarias dentro del régimen de las Fuerzas Militares. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

ADVERTENCIA

A más de los fallos anteriores, la Sala de Casación Laboral, durante los meses de septiembre a diciembre de 1961, profirió también los que a continuación se enumeran, y que no se publican por falta de espacio.

Reclamación de salarios insolutos, prestaciones sociales e indemnizaciones. Técnica del recurso de casación. Por sentencia de 2 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario laboral adelantado por Emilio Lázaro contra Marco A. Lázaro. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Prueba testimonial. Requisitos exigidos en materia laboral cuando la prueba, especialmente la testimonial, se recibe por medio de juez comisionado. Cuál es el alcance y la correcta interpretación de la norma consagrada en el artículo 52 del Código de Procedimiento Laboral. Por sentencia de 19 de septiembre de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por José Fidel Acosta contra María de Jesús y Lucrecia Cruz. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 14 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ricardo Quirós G. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 14 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Eduardo Berrío T. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 16 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Manuel A. Berrío contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis H. Ramírez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Manuel S. Guerra contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Francisco Atehortúa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Jesús Hildebrando Llano contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Arsenio Cárdenas contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Reyes Presiga contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Liborio Londoño contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Benjamín Espinosa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral instaurado por Benjamín Espinosa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral instaurado por Roberto Escobar contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Fidel Olarte B. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Raúl Muriel Jiménez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tulio Piedrahita C. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ramón E. Lora contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Cosme Fonnegra contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Israel Lora V. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Aristides Barrientos contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Manuel A. Berrío contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Miguel Baena contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Rafael Soto contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Hernando Posso contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pablo Rojas contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Mauro Buritacá contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Carlos Serrano contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Oscar Mejía contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Manuel S. Tabares contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Juan Evangelista Morales contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ismael Conde contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Carlos Mejía contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Alejandro Pérez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Hernando Tovar S. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 21 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Eduardo Foronda S. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 21 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tomás Cipriano Robledo contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tomás C. Robledo contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Jesús García V. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Alfonso Rueda contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Jesús Jiménez J. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Antonino Herrera contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pedro A. Sierra contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tomás M. Uribe contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pedro Barrantes contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Rómulo Robledo contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Jesús E. Ochoa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Por sentencia de 24 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tulio Piedrahita contra la Asociación de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 24 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ramón E. Palacio contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 24 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Jesús Rojo M. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Providencias que no están sujetas al recurso de casación. Solamente procede la casación contra las sentencias definitivas. Corrección de la providencia por medio de la cual la Corte ha admitido equivocadamente el recurso de casación. Por providencia de 31 de octubre de 1961, proferida en el ordinario laboral adelantado por Antonio Moreno Uribe contra "La Republicana Compañía de Seguros, S. A.", se deja sin efecto su providencia calificadora del recurso, y en su lugar se declara inadmisible el interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 2 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral promovido por Tulio Silva E. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 2 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por José de J. Castrillón contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 6 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de trabajo promovido por Juan Evaristo Morales contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Por sentencia de 6 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Jesús M. Gallego contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 13 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral promovido por Ricaurte Antonio Vélez Quirós contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 13 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Enrique Hernández contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Por sentencia de 13 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pablo E. Valderrama contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Por sentencia de 20 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral seguido por Alberto de Jesús Berrío contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Accidente de trabajo por muerte del trabajador. Error de hecho en la estimación de las pruebas. Equivocada imputación de culpa grave de la propia víctima del accidente. Con fecha 29 de noviembre de 1961 la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio laboral instaurado por Carmen Salgado v. de Tobar contra Martiniano Montoya. Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Violación directa y violación indirecta de la ley. Técnica del recurso de casación. Con fecha 1º de diciembre de 1961 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral promovido por Juan Manuel Acosta contra la "Cooperativa del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, Ltda.". Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Técnica del recurso de casación. Recurso extraordinario y costas judiciales. Con fecha 13 de diciembre de 1961 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de mayor cuantía promovido por Ramón Valbuena Ordóñez contra la sociedad "Pizano Hernández y Cía.". Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Indemnización moratoria. Incurre en la sanción el patrono que equivoca el nombre del trabajador al efectuar la consignación. Con fecha 14 de diciembre de 1961 la Corte casa totalmente la sentencia acusada, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de mayor cuantía promovido por Héctor Manuel Correal P. contra la sociedad denominada "Lavandería Central Ltda.". Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Técnica del recurso de casación. Violación directa y aplicación indebida. Con fecha 14 de diciembre de 1961 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral adelantado por Estanislao Sierra Restrepo contra la Universidad de Antioquia. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Técnica del recurso de casación. Con fecha 15 de diciembre de 1961 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Luis A. Romero contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Pensión de invalidez. Violación directa de la ley. Con fecha 18 de diciembre de 1961 la Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio que José del Carmen Barrera Gálvez adelantó contra la Empresa de Licores de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Pensión vitalicia de jubilación. Con fecha 19 de diciembre de 1961 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral de mayor cuantía instaurado por Guillermo Felipe Medrano Sánchez, contra la Empresa "Muebles Artecto y Camacho, S. A.". Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

INDICE

SALA PLENA

Páginas

No se repone la providencia por medio de la cual se llamó al señor Gustavo Rojas Pinilla a responder del delito de concusión.—Por auto de 25 de octubre de 1961, así lo resuelve la Sala Plena de la Corte.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 3

Salvamento de voto del Magistrado doctor Gustavo Fajardo Pinzón en la providencia de que trata el punto anterior de este Indice 11

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Enrique López de la Pava y José Hernández Arbeláez, en la providencia de que trata el punto primero de este Indice 12

Salvamento de voto del Magistrado doctor Julio Roncallo Acosta en la providencia de que trata el punto primero de este Indice 13

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en la providencia de que trata el punto primero de este Indice ... 15

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ignacio Gómez Posse en la providencia de que trata el punto primero de este Indice 15

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada en la providencia de que trata el punto primero de este Indice 17

Exequibilidad de la parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto número 1713 de 18 de julio de 1960, por el cual se determinan algunas excepciones a las incompatibilidades establecidas en el artículo 64 de la Constitución. Recuento de las distintas disposiciones legales relacionadas con la acumulación de un sueldo oficial y una pensión jubilatoria.—Naturaleza, origen y finalidad de la pensión de jubilación. Qué alcance tiene el vocablo "asignación" empleado por el artículo 64 de la Carta.—Este artículo no impone exigencia alguna a las excepciones que en casos especiales permite introducir.—El sueldo de retiro de que disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas.—La parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto acusado no es contrario a lo preceptuado por los artículos 17 y 64 de la Constitución.—Por sentencia de 11 de diciembre de 1961, se declara exequible la parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 18

Inexequibilidad de los artículos 58, 77 y 98 del Decreto-ley 1715 de 18 de julio de 1960, por el cual se organiza la División de Impuestos Nacionales y se determinan sus funciones.—En relación con estas disposiciones acusadas el Ejecutivo extralimitó las facultades que recibió del Congreso.—Por sentencia de 14 de diciembre de 1961, se declaran inexequibles los artículos 58, 77 y 98 del Decreto-ley 1715 de 1960.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 25

Sanciones disciplinarias.—No hay lugar a imponer ninguna sanción al Magistrado de Tribunal contra quien se formuló la queja.—Por sentencia de 14 de diciembre de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la queja formulada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Hernán Berdugo Berdugo.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 30

SALA DE CASACION CIVIL

Páginas

Reivindicación.—El titular de cuota carece de legitimación en causa para reivindicar en nombre propio todo el objeto.—Cuándo prevalece la posesión.—Por sentencia de 4 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario reivindicatorio promovido por Agustín Berbeo Oviedo contra Ana Eva Garrido.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez ... 33

Causal segunda de casación.—En fallo inhibitorio no tiene cabida ninguno de los supuestos

Páginas

de la incongruencia.—Violación indirecta de la ley.—Simultáneamente y en relación con un mismo medio de prueba, no se puede alegar error de hecho y de derecho.—Por sentencia de 5 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre pago de una suma de pesos por concepto de frutos naturales y civiles, promovido por Jesús María Vargas Silva y otros contra Marco Antonio Cruz Perdomo.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 37

Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Tal nulidad es reclamable en casación por la causal 6ª, no por la 1ª.—Costas.—La condena a éstas por el Tribunal escapa al recurso de casación.—Por sentencia de 6 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medelín en el ordinario reivindicatorio promovido por Marceliano Ocampo H. y otro contra Rodrigo Correa Pareja y otro. Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada. 41

La simulación constituye una figura jurídica distinta de la nulidad.—La Corte reitera la doctrina sentada al respecto.—Ninguna de las causales de casación establece la infirmación del fallo de instancia porque el Tribunal desconoce la jurisprudencia uniforme de la Corte. No puede alegarse, simultáneamente, error de hecho y de derecho, respecto de un mismo medio probatorio.—Por sentencia de 7 de septiembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario sobre nulidad de una compraventa, promovido por María del Rosario Vargas Ramírez y otro contra Julio Otero Gómez y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco ... 50

Nulidad absoluta de un acto o contrato.—Alcance del poder del Juez para declararla de oficio.—Constitución de patrimonio de familia.—Certificados contradictorios del Registrador.—Por sentencia de 14 de septiembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio promovido por Rafael La Rotta Téllez y otro contra Rafael Vargas Buitrago y otro. Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 56

Representación judicial.—Depende de que se formalice por escritura pública o por memorial presentado en debida forma, pero no directamente del auto en que el Juez la admite.—Por sentencia de 14 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el sucesorio de Sergio Venancio Cleves Ricaurte. — Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 61

Fuerza mayor o caso fortuito.—Factores que lo configuran.—Violación indirecta de la ley. Nociones primordiales en punto a acusación por este extremo.—Por sentencia de 16 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta adelantado por Euclides Ariza contra Roque Julio Díaz C.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 64

Responsabilidad civil extracontractual.—El juzgador de instancia goza de autonomía para señalar el modo de satisfacer la prestación indemnizatoria.—Prueba trasladada.—Condiciones para su validez.—Por sentencia de 21 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por la muerte de una persona, adelantado por Ofelia Romero de Wills y otros contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse 72

Testigos singulares de diversidad acumulativa. Cómo debe hacerse el ataque de la prueba de esta especie.—Casación.—Como ésta no es una instancia, la Corte no puede entrar a sopesar nuevamente el elenco probatorio.—Por sentencia de 25 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio promovido por Clementina Moreno de Rosero contra María Morán vda. de Moreno y otros.—Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse 81

Filiación natural.—Restricción probatoria en los juicios de indagación de la paternidad natural.—Casación previa.—Estado Civil.—La Corte no tiene facultad para declarar ejecutoriado el fallo de primer grado.—Por sentencia de 25 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario de filiación natural promovido por Martha Holguín, en representación de sus hijos menores Armando Holguín y otros, contra Esther Sarria de Valencia y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada .. 86

Actos y hechos jurídicos.—Distinción entre éstos y libertad de probación de los últimos.—Por sentencia de 27 de septiembre de 1961, no se

Páginas

casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre nulidad de un contrato de venta promovido por Visitación Ortiz vda. de Murillo contra María Nidya Aguilera P. y otros.—Magistrado ponente, doctor Gústavo Fajardo Pinzón 96

Simulación.—Confesión extrajudicial.—Prueba para obtener la prevalencia del acto oculto sobre el disimulado.—Mérito probatorio de la confesión extrajudicial para demostrar la simulación de actos solemnes o mayores de quinientos pesos.—Condiciones para la equivalencia de la confesión extrajudicial, hecha ante Juez no competente, al principio de prueba por escrito.—Poder discrecional del sentenciador en la apreciación de la confesión extrajudicial.—Por sentencia de 5 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa adelantado por Antonio Manchola contra Diógenes Manchola y otro.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 104

Sucesión.—El título y el modo.—La etapa de indivisión.—Partición de los bienes.—La partición es atributiva no declarativa de dominio. La hijuela de adjudicación como justo título para usucapir.—Registro de la hijuela.—Su objeto.—El derecho de herencia vinculado a cuerpo cierto, como objeto lícito de compraventa.—Protección de los intereses de terceros por la escritura pública exigida ad substantiam para la celebración de la compraventa de inmuebles.—A pesar de que en la escritura se lea que el precio fue pagado, subsiste, sin embargo, la acción resolutoria, pero no frente a terceros adquirentes de buena fe.—Por sentencia de 5 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario reivindicatorio promovido por el doctor Jesús María Vargas Silva contra Marco Antonio Cruz Perdomo y otro.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 109

Interés para recurrir en casación y alcance del auto que admite el recurso.—Por sentencia de 16 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre nulidad de un remate promovido por Alfonso Tocancipá Baena y otros contra Campo Elías Lombana y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón ... 117

Páginas

Reivindicación.—Carga jurídica del tenedor de la cosa.—La tenencia y la posesión no pueden sumarse.—El tiempo posesorio para que se consume la prescripción, puede cubrirse directamente por el poseedor o por intermedio de tenedor que le reconoce señorío sobre la cosa. El término de prescripción extraordinario no se suspendió por el régimen especial de administración fiduciaria que existió para algunos extranjeros.—Por sentencia de 16 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio promovido por Elizabeth Yungblut de Ordóñez contra Gilberto Ramírez Neira y otro.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 122

No requiere exequatur la sentencia eclesiástica de divorcio, cualquiera que sea el lugar donde se pronuncie.—La Corte reitera la doctrina al respecto.—Está vigente el Convenio entre Colombia y España, para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países.—Por sentencia de 18 de octubre de 1961, la Corte declara que no es necesaria su autorización para la ejecución, por parte de los Jueces colombianos, de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Barcelona sobre separación conyugal de lecho, mesa y habitación, adelantado por Juan Muñoz Climent contra Mercedes Rodríguez González.— Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse 127

Simulación y nulidad.—Son acciones distintas. Finalidad y características de la primera. Situación de los terceros frente a las sentencias pronunciadas en una y otra acción.—En la simulación que afecta las legítimas, el legitimario actúa iure proprio.—Por sentencia de 27 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa adelantada por José Niño y otra contra Sara María Prieto.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 131

Enriquecimiento sin causa.—Normas para hacerlo valer.—Casación.—La invocación de los artículos 637 del C. Judicial y 1761 del C. Civil, por sí solos no son suficientes para fundar el recurso.—Por sentencia de 27 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de concurso de acreedores a los bienes de la sociedad Chivor Emeral Mines Inc.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 138

Páginas

Cláusula Penal.—Acumulación excepcional de la pena civil con la indemnización de perjuicios.—Inconsonancia.—Error de hecho y de derecho.—Por sentencia de 31 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de un contrato de permuta adelantado por Rosa María Camacho de Ferro contra Rafael Reyes Gómez.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 146

Rescisión de contrato por vicios redhibitorios. Cuándo tiene lugar.—Casación.—Es antitécnico acusar la sentencia por violación de todo un decreto o una ley.—Por sentencia de 8 de noviembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa adelantado por Feres Samaja Moore contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 152

Pertenencia.—Procedimientos que admite la acción.—No son de elección libre para el prescribiente.—La vía por emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar.—Por sentencia de 8 de noviembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre nulidad de un juicio de pertenencia promovido por Rafael Restrepo Betancur contra María de Jesús Restrepo Betancur.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 158

Estado civil de un extranjero.—Su prueba.—El recurso de casación se mueve por causales que la ley individualiza y enumera taxativamente.—No varía la naturaleza del cargo porque sólo se le cambie el nombre para invocarlo por otra causal.—Causal 6ª de casación.—A la parte que no estuvo debidamente representada en juicio, corresponde el interés jurídico para formular el cargo en casación.—Autenticación de documentos extendidos en el extranjero.—Por sentencia de 14 de noviembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario sobre petición de herencia promovido por Sahara vda. de Habib Yacoub contra Catalina Fuentes vda. de Jacob, como cónyuge sobreviviente de Julián E. Jacob.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 164

Páginas

Testamento cerrado.—Formalidades requeridas para su validez.—Nulidad por falta de citación o emplazamiento.—El concepto de inexistencia no coincide ni se confunde con el de nulidad.—Inconsonancia.—En qué consiste. Por sentencia de 14 de noviembre de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre nulidad de un testamento promovido por Wenceslao Sabogal Mora y otros contra el Seminario Conciliar de San José y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 171

Liquidación de sociedad conyugal.—En el juicio de separación total de bienes se pueden proponer excepciones, pero no en la liquidación que es consecuencia de aquél.—Condiciones que debe reunir toda demanda de casación. Excepción de cosa juzgada.—No hay ninguna norma procesal que prive de competencia al Juez para conocer de un negocio, al cual se le pueda oponer tal medio defensivo.—Error de hecho y de derecho.—Violación indirecta de la ley.—En casación no se pueden formular nuevas objeciones a la partición.—Por sentencia de 15 de noviembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de liquidación de la sociedad conyugal seguido por Ana Tulia Castañeda contra Demetrio Pardo Ardila.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 183

Prueba de hechos que informan una situación de largo tracto.—Filiación natural.—Deberes del acusador cuando la acción se ha deducido y resuelto con base en la causal 4ª del art. 4º del estatuto respectivo.—El recurso de casación no es una tercera instancia.—Autonomía del sentenciador en la calificación de indicios. Por sentencia de 17 de noviembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de filiación natural seguido por Eremia Rodríguez, en pro de las impúberes María Ascensión Rodríguez y otro, contra la sucesión de Orlando Medina Medina. Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 190

Accesión.—Frutos naturales y civiles.—Su adquisición por el poseedor de buena fe.—El derecho de retención excluye el ánimo de dueño y no otorga los frutos.—Restitución de frutos.—Valoración en dinero de los frutos naturales.—Por sentencia de 18 de noviembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre pago del valor de unas mejoras y otras peti-

Páginas

ciones, promovido por Luis Enrique Guzmán contra José Antonio Moreno.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 197

La legitimación voluntaria.—Es acto solemne con entidad propia, que debe notificarse al beneficiado.—Causal 6ª de casación.—El supuesto del art. 79 de la Ley 63 de 1936.—Referencia de la ley civil a las leyes canónicas. Por sentencia de 30 de noviembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre impugnación de la paternidad promovido por Santiago Moore Garzón contra Margarita Quiroga o Moore.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 202

Testamento.—Cuando el testador atribuya a sus herederos especies determinadas, la asignación singular se imputará a la universal.—La incongruencia no tiene cabida en la parte motiva del fallo.—Bienes de la sociedad conyugal.—El cónyuge que reclama un bien como suyo, debe demostrarlo. — Restricción probatoria para quienes como herederos o continuadores de una persona impugnan por simulación los contratos celebrados por ella.—Prueba escrita. A quien alega imposibilidad de obtenerla corresponde probarlo.—Por sentencia de 6 de diciembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa adelantado por Martín Roldán Tamayo y otros contra Domingo Roldán y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 211

Representantes legales de incapaces.—Prueba de la incapacidad de los menores.—Herederos. Alcance probatorio del auto de reconocimiento de tales en juicio distinto del sucesorio.—Causal 6ª de casación.—La invocación de nulidad por indebida representación de incapaces no constituye medio nuevo.—Por sentencia de 18 de diciembre de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de filiación natural promovido por Rosalba Gutiérrez Peña, representante legal de sus menores hijos, Gaír Gutiérrez y otro, contra los menores Hernán Molina Osorio y otros. Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada. 220

SALA DE CASACION PENAL

Revisión en materia penal.—Ordinal 5º del art. 571 del C. de P. P.—Supuestos excepcionales para dejar sin fundamento la sentencia condenatoria.—Si los hechos nuevos o las pruebas nuevas no atacan de fondo, por su base y en lo sustancial, el recaudo probatorio hallado apto para proferir sentencia condenatoria, la revisión es improcedente.—La ausencia de motivo determinante no es circunstancia que ponga en duda la imputación.—Formas de delincuencia.—Con fecha 4 de septiembre de 1961 la Corte deniega el recurso extraordinario de revisión del proceso adelantado a Martín David Torres.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 226

Homicidio.—Inspección ocular.—Análisis y crítica científica del testimonio.—Prueba indirecta.—Las discrepancias en datos no esenciales no desvirtúan el testimonio humano.—Objetivos de la Corte en casos de avaluación probatoria.—Autonomía de los Jueces de Derecho en la función de juzgar.—Con fecha 6 de septiembre de 1961, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en la causa seguida a Carlos Emilio López Arbeláez como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 234

Veredicto contradictorio.—Facultad del fallador para interpretar y amoldar el veredicto dentro de la ley.—Las determinaciones del Tribunal Popular deben llevar el sello de la claridad y de la nitidez.—Causal séptima de casación penal.—Con fecha 6 de septiembre de 1961, la Corte invalida el fallo recurrido del Tribunal Superior de Santa Marta, por medio del cual condenó a Tomás Reyes Orozco por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 249

Abuso de autoridad.—Facultades del fallador de segunda instancia al revisar una sentencia absolutoria.—Embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado para asegurar el efectivo resarcimiento del daño causado con el delito.—Condiciones del delito de abuso de autoridad.—El error por sí solo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho.—Otras circunstancias que acreditan la intención criminosa en las actuaciones judiciales.—No es justo que cuando la equivocación del funcionario público no va acompañada de mala fe, se le pueda reprimir penalmente por abuso de autoridad.—Todo delito requiere un comportamiento típicamente antijurídico y culpable. Con fecha 7 de septiembre de 1961, la Corte sobresee definitivamente en favor de los doctores Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutié-

Páginas

rrez y Alberto Quintero Delgado, por los cargos de abuso de autoridad que les fueron formulados en el desempeño de sus funciones de Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 254

Salvamento de voto del doctor Gustavo Rendón Gaviria 292

Violencia carnal.—Cuerpo del delito de violencia carnal.—Alcance de la causal segunda de casación.—Interpretación del inciso 2º del art. 316 del C. P.—La libertad sexual es el bien que primordialmente protege la ley.—Exención de responsabilidad en caso de error esencial de hecho.—Causal primera.—Con fecha 8 de septiembre de 1961 la Corte invalida parcialmente la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Neiva contra Jesús Ramón Cuéllar por el delito de violencia carnal.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 294

Indemnización de perjuicios en caso de condena in génere derivada de sentencia penal.—Reproche al legislador por la forma como reglamentó la casación en lo tocante a perjuicios causados por un hecho delictuoso.—Facultades de la parte civil dentro del proceso penal. Prueba pericial para el avalúo de los daños y perjuicios provenientes del delito.—Elementos probatorios adecuados para liquidarlos.—Procedimientos para la liquidación de los perjuicios a que se refiere la condenación en abstracto.—Con fecha 11 de septiembre de 1961, la Corte no casa la sentencia materia del recurso de casación interpuesto por la parte civil, en el juicio adelantado contra Bernabé García Quintero, a quien condenó el Tribunal Superior de Bucaramanga por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 303

Complicidad necesaria en el delito de homicidio. Consonancia entre el veredicto del Jurado y la sentencia.—Significado y aplicación del verbo "influír".—No hay violación del art. 19 del C. P., por indebida aplicación, ni del art. 20 de la misma obra, por falta de aplicación. Causales tercera y primera de casación.—Con fecha 12 de septiembre de 1961, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, que condenó a Fideligno Murte Cuta por el delito de homicidio; y a la vez declara desierto el que interpuso contra el mismo fallo el procesado Luis Aldana Vela, como responsable de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 310

Delito de contrabando.—Interpretación del Decreto 1228 de 1959.—Carencia de técnica en la demanda de casación.—Deberes del recurrente en casación.—A la Corte le está vedado suplir los vacíos de que adolezca el libelo. Con fecha 12 de septiembre de 1961, la Corte no invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Aduanas, mediante la cual condenó a Esteban Macridis Persis como responsable de complicidad necesaria en el delito de contrabando.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 315

Delito de homicidio.—Cooperador no necesario. Cuestionarios propuestos al Jurado.—El factor intencional es el que le da al cooperador el carácter de copartícipe de la infracción. Con fecha 12 de septiembre de 1961, la Corte no casa la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Jaime de Jesús Rodríguez Zapata y a Samuel Rodríguez Rojo, como coautor el primero y como cómplice no necesario el segundo, en el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 330

Homicidio (calificado de asesinato).—Procesos adelantados con sujeción a las excepcionales normas del Decreto 0012 de 1959 —que con invocación de la causal segunda—, recurren en casación.—Función de la Corte en el examen crítico y valorativo de los elementos de juicio apreciados por el sentenciador.—Aspectos que el demandante tiene que demostrar cuando acude a la causal segunda.—Mérito de la confesión.—Causal primera.—Con fecha 15 de septiembre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga que condenó a Alfonso María Castiblanco Salazar como responsable del delito de homicidio (asesinato).—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 335

Delito de homicidio.—La tramitación del juicio no está subordinada a la consulta de los sobreseimientos.—Interrogatorios al procesado. Con fecha 19 de septiembre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín que condenó a Julio Martín Uribe Correa por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 343

Páginas

Homicidio simplemente voluntario.—Apreciación e interpretación de los hechos acreditados en el proceso.—Invocación de las causales 2ª y 1ª de casación.—Por sentencia de 20 de septiembre de 1961, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en la causa seguida a Graciliano Ruiz Vásquez por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 346

Las pruebas allegadas al juicio extemporáneamente son por completo inexistentes e ineficaces para los efectos jurídico-procesales. La preclusividad del término probatorio.—El principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, tiene también aplicación al juicio penal.—Con fecha 21 de septiembre de 1961, la Corte no invalida el fallo acusado proferido por el Tribunal Superior de Popayán que condenó a Henner Luis Ortiz como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo ... 349

Homicidio (uxoricidio).—Causal segunda de casación penal.—Hechos indiciarios.—Apreciación de pruebas de incriminación y de pruebas de descargo.—Criterios esenciales del envenenamiento.—Venenos fulminantes.—Conceptos de tratadistas de medicina legal sobre los síntomas característicos que ofrece la necropsia en los intoxicados con ácido cianhídrico.—Infracción de la ley penal sustantiva por no existir la prueba del cuerpo del delito ni la prueba de la responsabilidad.—Por sentencia de 27 de septiembre de 1961, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Manizales que condenó a Fabio Montoya Quintero por el delito de homicidio (uxoricidio), y en su lugar lo absuelve del delito imputado.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 354

Delitos contra la propiedad.—Causales segunda y primera de casación.—En los procesos tramitados de acuerdo con el Decreto 0014 de 1955, es invocable la causal cuarta de casación. Conflicto jurídico entre el robo y el hurto. Criterios para distinguir una y otra infracción.—Interpretaciones y evaluaciones en el seno de la Comisión Redactora del Código vigente.—Fórmula que consagró el art. 404 del C. P.—Análisis de las distintas formas de comisión delictuosa a que aluden los ordinales del art. 404 del C. P.—Calificación de la doctrina y la jurisprudencia cuando el robo se hace mediante el empleo de "llaves falsas".—Con fecha 3 de octubre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal 4º del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia de la misma corporación, que condenó al procesado Eduardo Lema Camacho como responsable del delito de hurto. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 373

Salvamento de voto de los Magistrados Primitivo Vergara Crespo y Gustavo Rendón Gaviria . 381

Robo.—Robo calificado.—Protección legal del lugar habitado o sus dependencias.—Calificante del robo cuando median circunstancias agravantes como las señaladas en el numeral 3º del art. 404 del C. P.—El ladrón que ataca la propiedad ajena por los medios que configuran el robo, acusa una peligrosidad tal que sobrepasa la propia del hurto para entrar en el ámbito de lo excesivo y dañoso.—Con fecha 3 de octubre de 1961, la Corte no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa seguida a Jorge Enrique Pedroza como responsable del delito de robo. —Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 382

Delito de homicidio en el grado de tentativa. Crítica probatoria.—El sectarismo político como móvil del delito.—Circunstancias que ponen en evidencia el propósito de causar la muerte.—Causales segunda, primera y quinta de casación penal.—Con fecha 6 de octubre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, que condenó a Luis Eduardo Hernández Londoño como responsable del delito de homicidio, en el grado de tentativa. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 388

Abuso de autoridad.—La Corte mantiene su providencia de 7 de septiembre último, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor de Magistrados del honorable Tribunal Superior de Bogotá.—Reafirma su tesis de que las deficiencias técnicas del Decreto 014 de 1955 han originado doctrinas contradictorias, y explica los yerros, no imputables a dolo en que pueda incurrirse en el trámite de negocios penales mediante el procedimiento de dicho estatuto.—Alcance del auto de detención preventiva dentro de ese trámite especial.—Conducta intencional o culposa.—Por providencia de 17 de octubre de 1961, la Corte no repone la suya de 7 de septiembre último, recurrida por el señor apoderado de la parte civil, por

Páginas

medio de la cual se sobreseyó definitivamente en favor de los doctores Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, con respecto a la sindicación de abuso de autoridad.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 398

Salvamento de voto del doctor Gustavo Rendón Gaviria 399

Hurto campestre.—Penas estatuídas en los Decretos 0290 de 1957 y 014 de 1955 para los eventos de hurto de ganado mayor o menor. Estados de especial peligrosidad.—Alcance de los arts. 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955. Circunstancia agravante que contempla la legislación argentina en esta clase de delitos. Incompetencia de jurisdicción.—Con fecha 23 de octubre de 1961, la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a los procesados David Pérez Lerma y Condelmiro Bados como responsables del delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 400

La facultad de desconocer el veredicto, por contrario a la evidencia de los hechos, es exclusiva de los Jueces Superiores y de los Tribunales del Distrito Judicial.—Causales 2ª y 5ª de casación.—Con fecha 30 de octubre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Samuel Clavijo Jíbaro como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 406

Delitos de doble homicidio, robo y lesiones personales.—Infracciones intensionales e infracciones culposas.—Intención como sinónimo de propósito.—El dolo dentro de la llamada "teoría de la voluntad".—Causales 4ª y 1ª de casación.—Con fecha 30 de octubre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a los procesados José Orlando Lozano Reyes y José Váquiro o Leal, como responsables de los delitos de doble homicidio, robo y lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 409

Error relativo a la denominación jurídica de la infracción.—Causal cuarta de casación penal. Las normas de procedimiento señaladas en el Decreto legislativo 012 de 1959 no son pertinentes porque el trámite señalado en dicho estatuto no puede tener efecto retroactivo, sin violar lo previsto en el art. 26 de la Constitución Nacional, y porque el delito de Falsedad en Documentos y los demás delitos contra la fe pública (Título VI del Libro II del Código Penal) no están comprendidos en la relación taxativa que el mencionado Decreto hace en su art. 1º.—Aplicación de nuevas normas de procedimiento.—Nulidades.—Con fecha 2 de noviembre de 1961, la Corte invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en la causa contra Flavio Escobar de la Cruz por el delito de abuso de confianza.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 415

La indagatoria no es esencial en el proceso.—La recepción de esta diligencia sin apoderado o con la concurrencia de uno sin el título de abogado no conduce a la nulidad de la misma, ni a la violación del art. 26 de la Carta.—Causal segunda de casación.—Con fecha 3 de noviembre de 1961, la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Ezequiel Sepúlveda, Jesús Alonso Padierna y otros, como responsables de los delitos de doble homicidio, robo e incendio. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 426

Delitos de doble homicidio y robo.—La cuantía en los delitos contra la propiedad.—Funcionarios del ramo penal a quienes compete su conocimiento.—Cuando la cuantía de un delito contra el patrimonio económico no es señalada, no se puede agravar la sanción con apoyo en el mayor daño ocasionado a la víctima. Error de derecho.—Causales cuarta y primera de casación.—Con fecha 4 de noviembre de 1961, la Corte invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, que condenó a Alberto Quiñones y Eleuterio Ordóñez como responsables de los delitos de doble homicidio y robo.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 430

Homicidio.—Nulidades en el proceso penal.—Nulidad constitucional.—Nulidades en el sumario.—No toda irregularidad acarrea la sanción de nulidad de lo actuado en los procesos penales.—La contraevidencia del veredicto con los hechos dejó de ser motivo de casación. Interpretación y aplicación de la ley penal. Causales cuarta y primera del art. 567 del C. de P. P.—Con fecha 7 de noviembre de 1961,

Páginas

la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó al procesado Alonso Ríos Ruiz como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 439

Homicidio calificado y lesiones personales. Prueba indiciaria.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.—Causal segunda de casación.—Con fecha 7 de noviembre de 1961, la Corte invalida el fallo recurrido del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a Pedro Angel Ramírez y Luis Carlos Jaramillo Cardona por el delito de homicidio calificado y lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 448

Delito de estafa.—El error en la denominación jurídica del delito constituye causal de nulidad, impugnable en casación por el motivo cuarto del art. 567 del C. de P. P. y no por el segundo, así se trate de proceso rituado conforme al Decreto 0014 de 1955.—Artificios eficaces para inducir en error a la víctima. Idoneidad del medio de comisión en el delito de estafa, en el caso de autos.—Causal segunda de casación.—Con fecha 7 de noviembre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, que condenó a Benjamín Peláez Botero como responsable del delito de estafa.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 467

Valoración probatoria en las instancias.—Consecuencia de la intromisión dolosa del funcionario en la tramitación del proceso.—Oportunidad para impugnar la nulidad del proceso por informalidades ocurridas durante la celebración de la audiencia pública.—Necesidad de demostrar los cargos en casación.—Con fecha 7 de noviembre de 1961, la Corte no invalida el fallo del Tribunal Superior de Medellín, proferido en la causa adelantada a Sigifredo Guisao Silva por los delitos de doble homicidio, con circunstancias de asesinato, robo, violencia carnal, rapto y corrupción de menores.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 471

Homicidio (asesinato).—Valoración de la prueba indiciaria.—Circunstancias agravantes previstas en el ord. 5º del art. 363 del Código Penal.—Causal quinta de casación.—Con fecha 8 de noviembre de 1961, la Corte no invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual condenó a Graciliano Serna como responsable del delito de homicidio (asesinato).—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 478

Delito de homicidio intencional en concurso material con el de lesiones personales.—Causal de nulidad a que se refiere el ord. 8º del art. 198 del C. de P. P.—Casos en que prospera la causal segunda.—Su plena comprobación por parte del demandante.—Cuando el cargo se refiere a errada interpretación o apreciación de los hechos, debe alegarse a través de la causal segunda y no de la primera.—Con fecha 15 de noviembre de 1961, la Corte no invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual condenó a Alirio Castro Prieto como responsable del delito de homicidio intencional, en concurso material con el de lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 490

Abuso de autoridad.—Sobreseimiento definitivo proferido por la Corte, en sentencia de única instancia, a favor de ex Intendente Nacional de San Andrés y Providencia.—Los hechos que configuran el abuso de autoridad, en el caso de autos, no conforman una conducta antijurídica penalmente reprimible por la concurrencia de los atípicos factores examinados. Por sentencia de 15 de noviembre de 1961, la Corte absuelve al Capitán de Corbeta Max Rodríguez Pardo, ex Intendente Nacional de San Andrés y Providencia por los cargos de abuso de autoridad que le fueron formulados. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 495

Homicidio y lesiones personales.—Intoxicación crónica producida por el alcohol.—Estado de ira o de intenso dolor en el agente, causado por grave e injusta provocación.—Riña imprevista.—Preterintencionalidad.—Con fecha 22 de noviembre de 1961, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual condenó a Jesús Elías Serrato por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 498

Homicidio.—Función de la Corte en la estimación de la prueba en casación.—Confesión espontánea del procesado.—Su valor frente a las exigencias del C. de P. P. La demanda de casación debe ser fundada por abogado titulado e inscrito en la Corte.—Con fecha 24 de noviembre de 1961, la Corte no casa la sen-

Páginas

tencia del Tribunal Superior de Ibagué proferida en la causa que condenó a Gerardo Díaz Virviescas y a Luis Beltrán por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 507

Impedimento.—La Corte reitera su doctrina respecto a que los motivos que producen la inhibición, en la medida que sean necesarios para aquellos a quienes corresponda valorarlos y apreciarlos en orden a su eficacia para producir el impedimento dentro de las causales taxativamente previstas en la ley, tengan elementos adecuados para aceptar o no la separación del Juez o Magistrado del conocimiento de un proceso determinado.—Por providencia de 24 de noviembre de 1961, la Corte declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Montería, doctor José Luis Abisambra para conocer del negocio originado en la queja formulada por la señora Blanca Cueto viuda de Pupo contra varios abogados.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 521

Recusación.—La Corte no decide de un impedimento o recusación en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el primero, o de ser fundada la segunda.—Condiciones para que pueda ser invocada la causal 4ª del art. 73 del C. de P. P.—Con fecha 28 de noviembre de 1961, la Corte decide que es infundada la recusación propuesta contra el doctor Alberto Bravo Guerra, Fiscal del Tribunal Superior de Pasto, por apoderados de la parte civil en negocio que cursa en este Tribunal.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta . 524

Homicidios en concurso material, dentro de la modalidad de asesinato.—Circunstancias de menor peligrosidad.—Veredictos.—Invocación de las causales 1ª, 2ª, 4ª y 7ª de casación penal.—Con fecha 13 de diciembre de 1961, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Espíritu Romero Ducuara, Francisco Serrato Peña y Félix Godoy Rodríguez, como responsables del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 528

Legítima defensa subjetiva o putativa.—Irreprochabilidad penal de la conducta, con base en un error esencial de hecho.—Errada interpretación o apreciación de los hechos por los falladores de instancia.—Causal segunda de casación.—Con fecha 14 de diciembre de 1961, la Corte invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Ibagué, dictada en el proceso adelantado a Eduardo Babativa por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 535

Asociación para delinquir.—Fisonomía de este delito.—Finalidad que persigue.—Elementos constitutivos o tipificadores del ilícito.—Aspectos probatorios que le dan título al delito. La sospecha como comienzo de indicio.—Concepto de permanencia exigido por la doctrina y el Código en el delito de asociación.—Con fecha 14 de diciembre de 1961, la Corte invalida el fallo recurrido, dictado en el proceso adelantado a Rosendo Adriano Mendoza, Cenón Ladino Perdomo y Guillermo Cerquera Polo, mediante el cual el Tribunal Superior de Neiva los condenó por el delito de asociación para delinquir y otros hechos.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 546

SALA DE CASACION LABORAL

Estipulaciones ilegales sobre duración del contrato de trabajo.—Plazo presuntivo.—Si en el contrato de trabajo se fija un término de duración superior al permitido por la ley, la estipulación respectiva debe considerarse como no escrita, para entrar a regir el plazo presuntivo.—Por sentencia de 5 de septiembre de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Domingo Pérez Serrano contra Benjamín Leguizamón.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 559

Corretaje.—Técnica de casación.—1. La norma del artículo 1º del Decreto 456 de 1956 es de naturaleza procesal y la casación sólo es viable cuando la sentencia sujeta al recurso viola preceptos sustantivos.—2. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor, es comerciante.—Sea la negociación sobre cosas muebles o inmuebles y cualquiera la calidad de las partes contratantes, el corretaje, como tal, será regido por ley comercial.—3. Ineficacia del recurso de casación por equivocada citación de las normas infringidas.—Por sentencia de 6 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Juez 7º Laboral del Círculo Judicial de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Octavio González Robledo contra Bernardo

Páginas

Londoño Vélez, y recurrida en casación *per saltum*. — Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 565

Procedencia del recurso de casación.—Derecho de acción.—Apelación y reformatio in pejus. Interrupción de la prescripción.—Prescripción y prima de servicios.—1. El proceso, institución de derecho público.—Aplicabilidad restringida del principio dispositivo en el proceso laboral.—Respecto del travajador no tiene aplicación la regla de que la parte que no apeló del fallo de primera instancia, no puede acudir en casación si el de segunda lo confirma.—La consulta suple la inactividad del asalariado.—Los derechos y prerrogativas que conceden las leyes del trabajo son irrenunciables.—La consulta representa para el trabajador una prerrogativa y el recurso extraordinario entraña un derecho.—Fin principal y fines secundarios del recurso de casación. 2. Cuando la sentencia es absolutoria del demandado, no se puede sostener que le desconozca al actor el derecho de acción.—3. El acto de voluntad no está en los razonamientos de la parte motiva, sino en la parte resolutiva de la sentencia.—Lo sometido al examen del superior no es la sentencia de primera instancia sino el juicio.—La identidad entre las sentencias de las dos instancias es contraria al concepto de que la segunda causó agravios al actor.—4. Para que se interrumpa la prescripción, el reclamo escrito del trabajador debe especificar las deudas pendientes.—5. Cuándo se hace exigible la prima de servicios. Caso especial cuando el contrato termina antes de expirar el primero o segundo semestre. Por sentencia de 29 de septiembre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Jacobo Ghitis contra "Lusgarten e Hijos, Fábrica de Slaconia".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 574

Solidaridad patronal. — Técnica de casación. Salario.—Inspección ocular y confesión ficta. 1. Falta de técnica al no señalar las normas de carácter prestacional que se estiman violadas. 2. Los patronos que no persiguen fines de lucro también están sujetos al régimen de responsabilidad laboral.—3. Los artículos 143 y 144 del C. S. T. regulan situaciones de hecho diferentes.—No es aceptable predicar de ellas una violación simultánea.—4. La actuación regulada por el artículo 56 del C. P. L. es propia de la instancia, no de la casación.—Por sentencia de 30 de septiembre de 1961, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Néstor Herrán Medina contra la Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar) y otro.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 595

Jurisdicción arbitral.—Cláusula compromisoria. Carga de la prueba.—Prueba trasladada.—1. Condiciones para que sea aplicable el artículo 1º, inciso 1º, del Decreto 2017 de 1952.—2. El laudo arbitral no da origen al arbitraje permanente.—3. La carga de la prueba.—Cómo y quién debe probar la existencia de la cláusula compromisoria.—4. Condiciones de validez de la prueba trasladada.—5. La legislación del trabajo no instituye el pacto y el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente, sino la convención colectiva.—En las dos modalidades del arbitramento —transitorio y permanente— está excluído el fallo arbitral como origen de la cláusula compromisoria.—Es de lógica que el arbitraje voluntario deja de serlo si puede ser impuesto mediante fallo arbitral.—6. Cuál es el objetivo del arbitraje obligatorio y cuál el del arbitraje que nace de la cláusula compromisoria.—Facultades del árbitro en la decisión del conflicto colectivo. Por sentencia de 11 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Diógenes Urquijo contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez . 604

Tribunales de Conciliación y Arbitraje.—Condiciones para que sea aplicable el artículo 1º, inciso 1º, del Decreto 2017 de 1952, sobre competencia privativa de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje.—Prueba requerida para establecer la existencia de la cláusula compromisoria.—Carga de la prueba.—El laudo arbitral no está recibido por la legislación laboral como origen del arbitraje permanente.—Es de simple lógica que el arbitraje deja de ser voluntario si le puede ser impuesto a las partes mediante fallo arbitral. Por sentencia de 13 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Mauro Buriticá contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez ... 610

Improcedencia del recurso de casación por razón de la cuantía.—Determinación pericial de la

Páginas

misma.—Cuantía exigida para la viabilidad de la misma en juicios sobre mejoras en predios rurales.—Con fecha 13 de noviembre de 1961, la Sala decide el recurso de hecho interpuesto por Deogracias Rojas contra el auto del Tribunal Superior de Medellín que le negó el de casación dentro del juicio promovido por Manuel Carvajal, en el sentido de declarar bien denegado dicho recurso.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 614

Improcedencia del recurso de homologación. Ante qué Juez y en qué oportunidad procesal ha de interponerse el recurso.—Con fecha 22 de noviembre de 1961 la Sala Laboral de la Corte decide que carece de jurisdicción y de competencia para conocer del recurso de homologación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, respecto del laudo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio que decidió la controversia surgida entre Rosaura Varón y la sucesión de Félix Valencia.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 615

Nulidades procesales y casación.—Pruebas en materia laboral.—Accidente de trabajo.—Con fecha 25 de noviembre de 1961 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Fideligno Vargas Martínez contra la sociedad "Fábrica de Cementos Samper".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez ... 617

Preaviso y despido ilegal del trabajador.—Con fecha 2 de diciembre de 1961, no se casa el fallo recurrido dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral de mayor cuantía instaurado por Alberto Rentería Mallarino contra la empresa "Compañía del Funicular a Monserrate S. A.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 625

Trabajo a domicilio y contrato de trabajo.—Crítica del testimonio.—Técnica del recurso de casación.—Con fecha 6 de diciembre de 1961, no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral promovido por Miguel Angel Saldarriaga contra Guillermo Gaviria.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 629

Indemnización moratoria. Remuneración, horario y subordinación en el contrato de trabajo. Con fecha 11 de diciembre de 1961 la Corte casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de mayor cuantía instaurado por Hernando Tamayo Lombana contra la "Compañía de Inversiones Bogotá S A.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 636

Facultades del Juez de apelación.—Reformatio in pejus.—Interés jurídico en el recurso de apelación y en el de casación.—Indemnización moratoria.—Las pruebas y el principio de la adquisición procesal.—Con fecha 12 de diciembre de 1961 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral seguido por Beatriz Sarmiento contra la sociedad denominada "Fábrica de Tejidos Lafayette". — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 642

Reajuste de salario en razón del cambio de funciones del trabajador.—Error aritmético y recurso de casación.—Con fecha 18 de diciembre de 1961 se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio que Polearco Rodríguez adelantó a la Sociedad "Acerías Paz de Río".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo. 651

Indemnización moratoria.—Necesidad de justificar el retardo.—Pago ilegal de vacaciones. Con fecha 19 de diciembre de 1961 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral seguido por Rosendo Méndez Godoy contra la compañía del cafetal de "La Trinidad S. A.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C . 660

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Establecimientos Públicos. — Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana.—Competencia. 1. No obstante ser institución de derecho público, el establecimiento ha de ser autónomo e independiente de la administración.—2. Los establecimientos públicos no pueden acogerse al fuero especial que el Código Judicial reconoce a la Nación.—3. Naturaleza jurídica de la Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana.—Normas de competencia aplicables a los juicios civiles en que tenga parte.—Por providencia de 6 de septiembre de 1961 se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, por medio de la cual no se admitió la demanda ordinaria promovida por Carlos Cajiao Lenis y otros contra la Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana, sobre perjuicios causados en siniestro aéreo.—Ma-

Páginas

gistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 668

Corrección de la demanda.—Caducidad de la acción en juicios de petróleos.—Interpretación de la demanda.—1. Oportunidades procesales de corregir la demanda.—Corrección de la demanda y caducidad de la acción en juicios de petróleos.—2. Acción de dominio del subsuelo petrolífero.—Formas distintas en que se cumple la etapa prejudicial o administrativa.—Estructura fundamental de toda demanda.—Interpretación de la misma a la luz de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya.—Por providencia de 8 de septiembre de 1961, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero instaurado por Cecilia Becerra de Sánchez contra la Nación, se deniega la reposición de su propio auto de 27 de julio último, por medio del cual se admitió la aclaración o corrección de la demanda. Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña. 673

Identificación de predios en juicios de petróleos. Por sentencia de 29 de septiembre de 1961 se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero instaurada por la "Compañía de Terrenos de Loba Limitada". Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 679

Renuncia del apoderado.—Suspensión del proceso.—Condiciones para que el apoderado renunciante quede desligado de su obligación.—La renuncia del apoderado no produce automáticamente la suspensión del proceso.—Por providencia de 6 de octubre de 1961, proferida en el ordinario de Pedro Barrault G. contra la Nación, se niega la declaración de nulidad de lo actuado, como también la revocación del auto de fecha 10 de julio pasado, en el cual se ordenó entregar el expediente a las partes para alegar. — Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 684

Acción de oposición en juicios de petróleos.—1. Objeto propio de estos litigios.—2. Identificación de los predios mercedados.—La falta de indicación de linderos en los títulos primitivos no puede suplirse con documentos otorgados entre particulares.—Por sentencia de 11 de octubre de 1961 se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por la Comunidad Almeida, representada por Alberto Barrios Bosch y otros.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña .. 686

Sociedad.—Legitimación en causa.—No es dable confundir la personalidad de la sociedad legalmente constituída con la singular de cada uno de los socios ni con la sociedad de hecho que ellos hayan podido formar anteriormente. Debe distinguirse entre los actos realizados por los socios antes y los realizados después del pacto social para individualizar la titularidad de las acciones que nazcan de esos actos. Entre los elementos de la acción, el primero que ha de examinarse es el de la legitimación en la causa.—Por sentencia de 11 de octubre de 1961 se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por el aprovechamiento definitivo de una carretera de propiedad particular, adelantado por Santiago Borda Mendoza, en la condición de Gerente de la sociedad Maderas del Opón Ltda., contra el Departamento del Huila.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 701

Prueba pericial.—Aducción de pruebas.—Planos. Identificación de predios por medio de planos. Incorporación de planos al proceso.—Mérito probatorio.—No se puede afirmar en términos absolutos que el dictamen pericial deba siempre fluír de la inspección ocular.—Por sentencia de 31 de octubre de 1961 se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero formulada por Victoria Triana vda. de Suárez y otros.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 705

Propiedad privada del petróleo.—Terrenos aledaños a la Concesión de Mares.—Caducidad de la acción.—El Gobierno también puede contratar en esta zona con entidades distintas de la Empresa Colombiana de Petróleos.—Diferente régimen legal según que el Gobierno contrate con la Empresa Colombiana de Petróleos o con otras personas naturales o jurídicas.—Caducidad general de la acción de oposición a la adjudicación de contratos y caducidad especial consagrada en el Decreto 2390 de 1955.—Condiciones para que pueda aprovecharse este término especial de caducidad.—Por sentencia de 31 de octubre de 1961 se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en el ordinario sobre propiedad privada de petróleos, adelantado por Paúl M. Joy y otros.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 718

Páginas

Recusaciones.—No admite apelación el auto que falla el incidente de recusación de un Magistrado de Tribunal Superior.—Por providencia de seis de noviembre de 1961, proferida en el ordinario de Carmen H. de Alzamora y otros contra José María Leiva, por simulación, la Sala se abstiene de revisar los autos apelados.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 736

Colisión de competencia positiva—Entre dos jueces de circuito dependientes de distintos distritos judiciales, para conocer de un juicio de sucesión.—Por providencia de 14 de noviembre de 1961 se resuelve que el Juez competente para conocer del juicio de sucesión de Luis Francisco Reyes Molina es el Civil del Circuito del Espinal.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 738

Clasificación de las acciones.—Presupuestos procesales en las acciones sobre propiedad privada del petróleo.—1ª Diversas acepciones de la palabra "acción".—Clasificación de las acciones.—2ª Etapa prejudicial a la acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero.—El objeto de la oposición queda predeterminado por la propuesta de contrato.—En todo litigio la demanda está integrada por un silogismo.—No existen términos sacramentales para hacer las peticiones de la demanda.—Los presupuestos de demanda en forma y competencia en esta clase de litigios.—Por sentencia de 16 de noviembre de 1961, se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda presentada por Honorato García Díaz.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 740

Reserva nacional de minas.—Coadyuvancia adhesiva.—1ª Reserva nacional de algunas minas de metales preciosos.—Régimen legal en relación con la oposición a las concesiones de tales minas.—2ª ¿Cuál es la naturaleza de la coadyuvancia adhesiva?.—Ejemplos.—3ª La coadyuvancia adhesiva en juicios en que se discute si la mina tiene el carácter de adjudicable o contratable.—Por providencia de 22 de noviembre de 1961, se revoca el auto suplicado y reconoce a Isabel Arias Correa como coadyuvante adhesiva en el juicio adelantado por la Nación contra los adjudicatarios de la Mina La Sombra.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 748

Obligación de suscribir un instrumento.—Procedimiento para hacer cumplir esta clase de obligaciones.—Acumulación de acciones.—1ª Recursos procesales con que cuenta el acreedor de una obligación de hacer para obtener su efectividad.—2ª Vía especial o vía ordinaria cuando el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento.—3ª Sentido específico de la palabra "acción" cuando se trata de acumulación de acciones.—Por sentencia de 28 de noviembre de 1961, se revoca la dictada por el Tribunal Superior de Mánizales en el juicio ordinario promovido por Francisco Hernández contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 755

Indebida acumulación de acciones.—Inepta demanda.—Acumulación objetiva de acciones y acumulación subjetiva con fundamento en la conexidad de las pretensiones.—Qué sentido tiene la palabra "acción" dentro del texto del artículo 398 del Código Judicial.—La acumulación inicial de acciones que permite el artículo 209 del Código Judicial no puede hacerse con prescindencia de lo prescrito en el 398. Elementos necesarios para la viabilidad de la acumulación.—Indebida acumulación de acciones y consiguiente falta del presupuesto procesal de demanda en forma.—Por sentencia de 12 de diciembre de 1961, se inhibe la Corte de resolver las pretenciones formuladas en la demanda de Isabel Marroquín de Moure y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 765

Copias irregularmente expedidas.—El Secretario del Juzgado no tiene atribución alguna para decidir sobre expedición de copias.—La orden de compulsarlas debe darla el Juez.—Las obtenidas en forma irregular carecen de valor probatorio.—Por sentencia de 13 de diciembre de 1961, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Jorge Castaño Osorio contra el Estado por la restitución de un vehículo.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 772

Acumulación de juicios sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero.—Cuando los títulos emanados del Estado son varios, no es posible la acumulación de los procesos.—Por providencia de 14 de diciembre de 1961, se niega la acumulación de los juicios ordinarios contra la Nación promovidos por la comunidad formada por Leonor Pardo de Briceño, Manuel Briceño Pardo y otros; Joaquín Castro Collas; Alicia Child de Rozo; y Eduardo Rozo Child y otro al iniciado por Tulia Collas de Cas-

Páginas

tro.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 776

Responsabilidad extracontractual en el ejercicio de actividades peligrosas.—Avaluación de incapacidades.—Desestimación del dictamen pericial.—1ª Se reitera la doctrina de que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa que no puede desvirtuarse sino con la prueba de la causa extraña, la fuerza mayor y el caso fortuito.—Argumentos en favor de esta interpretación.—Resolución de objeciones.—2ª Avaluación de perjuicios civiles y tablas de incapacidad en los accidentes de trabajo.—La obligación impuesta por la ley laboral y proveniente del contrato de trabajo, no es equiparable con la que nace de la culpa.—La indemnización del accidente causado por culpa del patrono se rige por el Código Civil.—3ª Condiciones para que pueda desestimarse la prueba pericial por causa de falta de pago de los respectivos honorarios.— Por sentencia de 14 de diciembre de 1961, se confirman unos numerales y reforma otro de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Guillermo Arango Rojas contra la Nación.— Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 778

ADVERTENCIA

A más de los fallos anteriores, las Salas de Casación Civil, Penal y Laboral, en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1961, profirieron también los que a continuación se relacionan, junto con los títulos de las materias jurídicas en ellos tratados, y que no se publican en la Gaceta por falta de espacio.

Dictamen pericial.—Los peritos no juzgan, colaboran.—Poderes discrecionales del sentenciador en la apreciación de la prueba pericial. Por sentencia de 7 de septiembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de lesión enorme promovido por Pastora Ruiz de Ruiz y otros contra Alejandro Galvis Jurado.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 790

Bienes adjudicados.—Prueba de su dominio. Por sentencia de 11 de septiembre de 1961 se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio promovido por Berta Salazar de Granados contra Celia Virgüez de Ruiz.—Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse 790

Permuta de terrenos ejidales y adjudicación gratuita de los mismos.—Formalidades administrativas esenciales para su validez.—Por sentencia de 29 de septiembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario reivindicatorio promovido por Augusto Gómez Gómez contra Guillermo Vidal Brugés.—Magistrado ponente, doctor Ignacio Gómez Posse 790

Notificaciones personales.—El acto de la firma del notificado debe ser presenciado por el Secretario del Despacho Judicial.—Por providencia de 23 de noviembre de 1961 se repone la de 21 de septiembre de los mismos, por la cual se declaró desierto el recurso de casación, y se tiene por presentada en tiempo la demanda formulada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, en el ordinario adelantado por el Municipio de Cali contra "J. Fernández & Cía. Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 790

Reivindicación.—Diferencia principal entre esta acción y la petitoria de dominio o de pertenencia que a todo dueño compete.—Demanda. Los hechos son los elementos que estructuran las acciones.—Por sentencia de 18 de diciembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre simulación de un contrato de venta adelantado por Luis Alberto Rodríguez y otro contra Benilda Sandoval.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 790

Violación directa de la ley.—Son cargos distintos la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea.—Error de hecho y de derecho.—Por sentencia de 18 de diciembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio promovido por José Vicente Rodríguez O. contra Vidal Melo R. y otros. Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 790

Los Jueces de mérito disfrutan de autonomía para estimar los hechos en que se fundan las pretensiones de las partes.—Por sentencia de 19 de diciembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario de filiación natural promovido por Beatriz Villarreal de Pen contra los sucesores

Páginas

de Miguel Romero Sánchez.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 790

Peculado.—Integración del delito de peculado. La Corte no repone su providencia de 22 de junio de 1961.—Por providencia de 11 de septiembre de 1961 así resuelve la Corte respecto del llamamiento a juicio por el delito de peculado atribuído al Coronel Daniel Cuervo Aráoz, en su condición de Gobernador del Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 791

Delito de homicidio.—Invocación de la causal cuarta de casación.—El Decreto 1231 de 1951 y la facultad de solicitar pruebas.—Es improcedente atacar la sentencia con invocación del art. 26 de la Carta, cuando no se conculcó el derecho de defensa.—Con fecha 13 de septiembre de 1961 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, que condenó a Jesús María Gómez Rubio por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 791

Nulidades en el proceso penal.—Sorteo parcial de jurados.—Con fecha 13 de septiembre de 1961 la Corte no invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Gilberto Antonio Mazo Saldarriaga como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 791

Impedimentos.—Por auto de 13 de septiembre de 1961 la Corte confirma el dictado por el Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual declaró infundado el impedimento manifestado por el Magistrado de ese Tribunal, doctor José Víctor Aldana Saiz, para conocer de un proceso.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 791

Faltas a la moral profesional en el ejercicio de la abogacía.—Con fecha 18 de septiembre de 1961 se reforma la providencia consultada proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en la acción adelantada contra Iván Restrepo Zapata, según querella formulada por Carmen Restrepo viuda de Monsalve y Rodrigo Ramírez. — Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 791

Demanda de casación.—Requisitos para sustentarla.—Por auto de 19 de septiembre de 1961 la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Medardo Gamboa Villanueva y otros como responsables de los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 791

Extradición.—Con fecha 11 de octubre de 1961 la Corte emite concepto adverso a la solicitud formulada por la Embajada de la República Federal de Alemania sobre la extradición del ciudadano alemán Friedrich Wilhelm Matnieu. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 791

Recusación.—Por manifestar el Magistrado opinión sobre asunto materia del proceso.—Ord. 4º del art. 73 del C. de P. P.—Con fecha 19 de octubre de 1961 la Corte resuelve separar del conocimiento en el proceso adelantado a Luis Carlos Camargo por el delito de homicidio, al doctor Gustavo Bazzani, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 792

La aplicación de las normas del Decreto 012 de 1959 a procesos por delitos no enumerados taxativamente en su artículo primero, constituye violación del art. 26 de la Carta.—Finalidad primordial de ese estatuto.—Con fecha 20 de octubre de 1961 la Corte invalida el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso que condenó a Gilberto Botero Botero como responsable de los delitos de peculado y falsedad en documentos, en la modalidad de continuados.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 792

Inaplicabilidad del Decreto 012 de 1959 en el juzgamiento de delitos cometidos con anterioridad a su expedición y vigencia.—Nulidades procesales.—Con fecha 23 de octubre de 1961 la Corte invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Nemesio Murillo Mora, Gonzalo España Díaz y otros por los delitos de homicidio y homicidio frustrado.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 792

La aplicación del Decreto 0012 de 4 de junio de 1959 a procesos en torno a hechos consumamados con anterioridad a su expedición y vigencia, entraña flagrante violación del art. 26 de la Constitución Nacional.—Con fecha 26 de octubre de 1961 la Corte invalida la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Buga, mediante la cual condenó a Alpidio José Rojas Cárdenas como respon-

Páginas

sable del delito de homicio, en la modalidad de asesinato.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 792

Reiterada y constante ha sido la doctrina de la Corte respecto a que no procede aplicar el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959 a procesos en torno a hechos consumados con anterioridad a la expedición y vigencia del mencionado estatuto, precisamente porque con ello se viola el art. 26 de la Constitución Nacional.—Con fecha 26 de octubre de 1961 la Corte invalida la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Luis Enrique Duarte Morales como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 792

Colisión de competencia negativa.—Por providencia de 26 de octubre de 1961 la Corte se abstiene de dirimir la colisión de competencia suscitada entre el Comandante de la Sexta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Ibagué, y el Comando del Ejército, en relación con el proceso adelantado contra los militares Cabo 1º Jorge Cifuentes Rojas y el soldado Fidel Castaño Ramírez.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 792

Faltas contra la ética profesional de la abogacía. Prescripción de la acción penal disciplinaria. Con fecha 26 de octubre de 1961 la Corte reforma la providencia consultada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la acción adelantada al abogado Francisco Ferrer Cassiani por faltas en el ejercicio de la profesión.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 792

La Corte reitera su doctrina referente a que la aplicación de las normas de procedimiento del Decreto 012 de 1959 en el juzgamiento de hechos delictuosos cometidos antes de su vigencia, viola el art. 26 de la Carta, porque su averiguación y juzgamiento corresponde ser adelantado mediante los trámites previstos en el C. de P. P.—Con fecha 4 de noviembre de 1961 la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Alberto Marín, Apolinar Ruiz y José Rivera o Humberto García Daza como responsables del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 792

La aplicación de las normas de procedimiento del Decreto 012 de 1959 en el juzgamiento de hechos delictuosos cometidos antes de su vigencia, viola el art. 26 de la Constitución.

Páginas

Con fecha 7 de noviembre de 1961 la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Buga, que condenó a Jairo Mejía Pérez como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 792

Faltas contra la ética profesional del abogado. Carácter contravencional y prescriptibilidad de las faltas.—Cesación del procedimiento administrativo o disciplinario cuando se desprende la comisión de un delito.—Criterio que orientó la inclusión de la norma del art. 10 del C. P. en la legislación penal vigente. Diferencias entre contravenciones y delitos. El tiempo de prescripción siempre es menor para las contravenciones.—Inexistencia en el país de un código de faltas o contravenciones. Con fecha 8 de noviembre de 1961 la Corte resuelve revocar la sentencia dictada en el proceso seguido contra el doctor Otoniel Fernández S. por faltas a la ética profesional del abogado.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 793

Falsedad en documentos.—No hay responsabilidad frente a la ley penal colombiana cuando la conducta del sindicado por falsedad documentaria no contiene moralmente intención delictuosa alguna.—Con fecha 10 de noviembre de 1961 la Corte confirma la providencia consultada del Tribunal Superior de Pamplona, por medio de la cual dispuso sobreseer definitivamente en favor del doctor Ciro Rodríguez Villamizar por el delito de falsedad en documentos.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 793

Delito de homicidio en la modalidad de asesinato.—Juicio tramitado con sujeción a normas del Decreto 0012 de 1959.—La prescripción legal contenida en la parte final del parágrafo del art. 7º del mencionado Decreto, fue correctamente aplicada por el Tribunal.—Causales 4ª y 2ª de casación.—Con fecha 10 de noviembre de 1961 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que condenó a Gaspar Rocha Osorio como responsable del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 793

Revisión en materia penal.—Su objeto y naturaleza.—Incompetencia de la Corte para conocer, a través de este recurso, de asuntos típi-

Páginas

camente disciplinarios dentro del régimen de las Fuerzas Militares.—Con fecha 21 de noviembre de 1961 la Corte niega el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia ejecutoriada del Comando General de las Fuerzas Militares contra el Sargento Segundo Ricardo Esguerra Victoria por faltas disciplinarias dentro del régimen de las Fuerzas Militares. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 793

Reclamación de salarios insolutos, prestaciones sociales e indemnizaciones.—Técnica del recurso de casación.—Por sentencia de 2 de septiembre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario laboral adelantado por Emilio Lázaro contra Marco A. Lázaro.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 794

Prueba testimonial.—Requisitos exigidos en materia laboral cuando la prueba, especialmente la testimonial, se recibe por medio de Juez comisionado.—Cuál es el alcance y la correcta interpretación de la norma consagrada en el artículo 52 del C. P. Laboral.—Por sentencia de 19 de septiembre de 1961 se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por José Fidel Acosta contra María de Jesús y Lucrecia Cruz.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 794

Por sentencia de 14 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ricargo Quirós G. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 794

Por sentencia de 14 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Eduardo Berrío T. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez . 794

Por sentencia de 16 de octubre de 1961 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Manuel A. Berrío contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi). — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez ... 794

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis H. Ramírez contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 794

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Manuel S. Guerra contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 794

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Francisco Atehortúa contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. .. 794

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Jesús Hildebrando Llano contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. .. 795

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Arsenio Cárdenas contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 795

Por sentencia de 17 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Reyes Presiga contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Liborio Londoño contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Benjamín Espinosa contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral instaurado por Roberto Escobar contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 795

Páginas

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Fidel Olarte B. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. ... 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Raúl Muriel Jiménez contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tulio Piedrahita C. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. .. 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ramón E. Lora contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Cosme Fonnegra contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Israel Lora V. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 795

Por sentencia de 18 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Aristides Barrientos contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Manuel A. Berrío contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Miguel Baena contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el odinario laboral adelantado por Rafael Soto contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi). — Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Hernando Posso contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pablo Rojas contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi). — Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Mauro Buriticá contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Carlos Serrano contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. ... 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Oscar Mejía contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 796

Por sentencia de 19 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Manuel S. Tabares contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 796

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Juan Evangelista Morales contra la Aso-

Páginas

ciación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo . 796

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ismael Conde contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi). — Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 796

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Carlos Mejía contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 796

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Alejandro Pérez contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 797

Por sentencia de 20 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Hernando Tovar S. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 797

Por sentencia de 21 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Eduardo Foronda S. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez. 797

Por sentencia de 21 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tomás Cipriano Robledo contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez. 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tomás C. Robledo contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Jesús García V. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 797

Páginas

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Luis Alfonso Rueda contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Jesús Jiménez J. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Antonino Herrera contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pedro A. Sierra contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Tomás M. Uribe contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. ... 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pedro Barrantes contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Rómulo Robledo contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 797

Por sentencia de 23 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Jesús E. Ochoa contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 798

Por sentencia de 24 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado

Páginas

por Tulio Piedrahita contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 798

Por sentencia de 24 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Ramón E. Palacio contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 798

Por sentencia de 24 de octubre de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Jesús Rojo M. contra la Asociación Nal. de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 798

Providencias que no están sujetas al recurso de casación.—Solamente procede la casación contra las sentencias definitivas.—Corrección de la providencia por medio de la cual la Corte ha admitido equivocadamente el recurso de casación.—Por providencia de 31 de octubre de 1961, proferida en el ordinario laboral adelantado por Antonio Moreno Uribe contra "La Republicana, Compañía de Seguros S. A.", se deja sin efecto su providencia calificadora del recurso, y en su lugar se declara inadmisible el interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 798

Por sentencia de 2 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral promovido por Tulio Silva E. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo . 798

Por sentencia de 2 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por José de J. Castrillón contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 798

Por sentencia de 6 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de trabajo promovido por Juan Evaristo Morales contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 798

Por sentencia de 6 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Jesús M. Gallego contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 798

Por sentencia de 13 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral promovido por Ricaurte Antonio Vélez Quirós contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 798

Por sentencia de 13 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Enrique Hernández contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, Roberto de Zubiría C. 798

Por sentencia de 13 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pablo E. Valderrama contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 798

Por sentencia de 20 de noviembre de 1961, no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral seguido por Alberto de Jesús Berrío contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. ... 799

Accidente de trabajo por muerte del trabajador. Error de hecho en la estimación de las pruebas.—Equivocada imputación de culpa grave de la propia víctima del accidente.—Con fecha 29 de noviembre de 1961 la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio laboral instaurado por Carmen Salgado v. de Tobar contra Martiniano Montoya.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 799

Violación directa y violación indirecta de la ley. Técnica del recurso de casación.—Con fecha 1º de diciembre de 1961, no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral promovido por Juan Manuel Acosta contra la "Cooperativa del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla Ltda.".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 799

Páginas

Técnica del recurso de casación.—Recurso extraordinario y costas judiciales.—Con fecha 13 de diciembre de 1961, no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de mayor cuantía promovido por Ramón Valbuena Ordóñez contra la Sociedad "Pizano Hernández y Cía.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. . 799

Indemnización moratoria.—Incurre en la sanción el patrono que equivoca el nombre del trabajador al efectuar la consignación.—Con fecha 14 de diciembre de 1961 la Corte casa totalmente la sentencia acusada, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de mayor cuantía promovido por Héctor Manuel Correal P. contra la sociedad denominada "Lavandería Central Ltda.". Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 799

Técnica del recurso de casación.—Violación directa y aplicación indebida.—Con fecha 14 de diciembre de 1961, no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral adelantado por Estanislao Sierra Restrepo contra la Universidad de Antioquia.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 799

Técnica del recurso de casación.—Con fecha 15 de diciembre de 1961, no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Luis A. Romero contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 799

Pensión de invalidez.—Violación directa de la ley.—Con fecha 18 de diciembre de 1961 la Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio que José del Carmen Barrera Gálvez adelantó contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 799

Pensión vitalicia de jubilación.—Con fecha 19 de diciembre de 1961, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral de mayor cuantía instaurado por Guillermo Felipe Medrano Sánchez contra la empresa "Muebles Artecto y Camacho S. A.".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 799

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

Relator civil: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
Relator laboral: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
Relator penal: Dr. JOSE SARMIENTO MANTILLA
Relator constitucional: Dr. LUIS F. SERRANO A.

TOMO XCVII — BOGOTA — 1971 — NUMERO 2250

EXTRACTOS DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO

(SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1961)

A

1

ABUSO DE AUTORIDAD

(Condiciones del delito de)

En el caso previsto en el artículo 171 del Código Penal, el delito de abuso de autoridad requiere:

a) Que el agente sea un funcionario público;

b) Que el acto no constituya un delito distinto;

c) Que se realice por causa de las funciones o excediéndose en el ejercicio de las mismas;

d) Que el hecho se cumpla en perjuicio de una persona o de una propiedad;

e) Que el acto sea arbitrario o injusto.

(Casación Penal, septiembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 290, 1ª).

2

ABUSO DE AUTORIDAD

(Integración del delito de)

Las anormales condiciones en que se desenvuelven las relaciones entre la autoridad y los asociados en la Isla de San Andrés; su desvinculación con el orden jurídico nacional, y la misma circunstancia de ser sus pobladores en gran número de origen extranjero, son todos hechos que permiten aceptar como buena la cualificación del procesado para sincerar su conducta y entender que actos objetivamente arbitrarios no ceñidos en su procedimiento a los preceptos legales, eran dictados por una necesidad de defensa de los intereses y seguridad de la propia Isla. En este aspecto quizás no es posible al fallador encontrar en las imputaciones el elemento **injusticia,** dada la finalidad de esos procederes o es preciso reconocer un error de derecho cometido por el funcionario, de buena fe, lo

que a la postre, como atinadamente lo sostiene el señor defensor, conforta un error de hecho.

En las expresadas condiciones la integración del delito de abuso de autoridad no es susceptible de lograrse. Los hechos que aparentemente lo constituían dejan de conformar una conducta antijurídica penalmente reprimible por la concurrencia de los atípicos factores ya examinados, lo que conduce en derecho a desatar el proceso con un fallo absolutorio. (Casación Penal, noviembre 15/61. Tomo XCVII, pág. 497, 1ª y 2ª).

3

ABUSO DE AUTORIDAD

(Propósito. — Intención).

El error por sí solo no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable, como en las providencias aludidas se ha dicho, que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

No debe perderse de vista, igualmente, que la equivocación en el procedimiento o en la forma de apreciar las normas que lo señalan para resolver un caso dado, no permite, por sí sola, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esta buena fe. Esa condición síquica de esta infracción penal (aun cuando no hace parte del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo— obliga cuando no resulta demostrada, no a cohonestar el proceder errado, sino a considerar que no es justo que cuando la equivocación del funcionario público no va acompañada de mala fe, se le pueda reprimir penalmente por abuso de autoridad. Es necesario que a más de las condiciones típicas de esta violación punible (cuerpo del delito), exista el elemento subjetivo, en este caso el dolo a propósito manifiesto de violar la ley. (Casación Penal, septiembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 291, 1ª y 2ª).

4

ACCESION

(Frutos naturales y civiles).

Por accesión, el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce espontáneamente o con la ayuda del hombre, si son **frutos naturales**; o en dinero, con ocasión del objeto y por balance de la utilidad que reporta quien materialmente lo tiene, si se trata de **frutos civiles** (713, 714, 717, C. C.). (Casación Civil, noviembre 18 de 1961. Tomo XCVII, pág. 200, 1ª).

5

ACCIDENTE DE TRABAJO

(Elementos que lo constituyen.—Imprevisión del suceso.—Prueba de la relación de causalidad).

Son presupuestos del accidente de trabajo e igualmente de las acciones que de él se derivan en favor del accidentado, según el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo: 1) Un suceso imprevisto y repentino; 2) Que el suceso sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo; 3) Que el mismo le produzca al trabajador una lesión orgánica o una perturbación funcional permanente o pasajera, y 4) Que el suceso no haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima.

En el caso de autos se señala como suceso imprevisto y repentino el siguiente: el esfuerzo realizado por el actor recién operado de cataratas en el ojo derecho, al levantar una canasta de cerveza en el bar del comisariato de la empresa bajo su dirección.

Ahora bien: para un operado de cataratas no podía ser un hecho imprevisto el desprendimiento de la retina a causa de un esfuerzo más o menos intenso. Si en tales condiciones lo realizó, debiendo evitarlo, no se trataría de hecho imprevisto, sino de una imprudencia de su parte.

El recurrente alega que la empresa es responsable de lo que él denomina accidente de trabajo, y está obligada a indemnizar los perjuicios que reclama el actor, porque por orden suya reanudó labores a raíz de la operación, esto es, en el período de convalecencia. Demostrado el hecho, la imprudencia del empleado no tendría el efecto de exonerar al patrono de responsabilidad, pero aquél no resulta acreditado en el proceso con la prueba testimonial, como lo afirma el impugnador.

Como se deduce de los presupuestos de la acción de perjuicios por accidente de trabajo, debe existir conexión entre el suceso que lo ocasiona y sus consecuencias dañosas para el trabajador. Dando por sentado que ocurrió el accidente, faltaría demostrar la causalidad entre aquél y la lesión o daño consecuencial. Sobre el punto dicen los testigos que del desprendimiento de la retina les dio informe el trabajador. Aparte de que las declaraciones versan sobre palabras y no sobre hechos, el testimonio no es prueba eficaz, pues se trata de apreciación sobre cuestiones técnicas, para las cuales no es apta la prueba testimonial, sino la de peritos. (Sala de Casación Laboral, 25 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 623, 1ª y 2ª).

6

ACCION CIVIL

(Perjuicios).

Sobre el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, que adicionó la demanda a las disposiciones que pretende infringidas, hay que decir que esta disposición apenas hace referencia a que dentro del proceso penal se ejercerá la acción civil para el resarcimiento del daño causado por el delito por la persona o personas perjudicadas o sus herederos, y es obvio que al proponerse tal acción en este proceso, se hizo uso de la facultad, lo que no entraña ninguna violación, pues en modo alguno puede existir ésta cuando se ejercen los derechos reconocidos en la ley. (Casación Penal, septiembre 11/61. Tomo XCVII, pág. 309, 1ª).

7

ACCION RESOLUTORIA

(Protección de los intereses de terceros por la escritura pública exigida ad substantiam **para la celebración de la compraventa de inmuebles).**

La escritura exigida **ad substantiam** para la celebración de la compraventa de inmuebles, protege por razones de orden público los intereses de terceros, que permanecen garantidos por el mérito probatorio pleno de las actas notariales.

Es por la fe pública como se encuentra mandado que "si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura", como requisito indispensable para que haya acción contra terceros poseedores (1934, C. C.).

Por manera que si entre las partes cabe el ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago del precio, a pesar de que en la escritura se lea que el vendedor lo declaró recibido, es indiscutible que frente a terceros adquirentes de buena fe la prosperidad de la resolución contractual no produce ningún efecto. Para que la sentencia disolvente del contrato llegara a perjudicarlos, sería preciso que se fundara en condición resolutoria expresa o tácita por mandato de ley, por ello conocida del adquirente, quien por actuar a sabiendas no podría invocar buena fe. Mas si en forma expresa y terminante el vendedor declara recibido el precio en la escritura, es ostensible que para terceros adquirentes no hay incidencia posible de resolución de su derecho por esa causa, mientras no se les pruebe plenamente que en concreto fueron sabedores de que en verdad el precio no fue pagado en todo o en parte. (Casación Civil, octubre 5 de 1961. Tomo XCVII, pág. 115, 1ª y 2ª).

8

ACTOS Y HECHOS JURIDICOS

(Distinción entre éstos y libertad de probación de los últimos).

La distinción entre actos y hechos jurídicos, por necesidad lógica, se ha impuesto al legislador como criterio diferencial en materia de restricción o libertad probatoria. Porque siendo el acto jurídico una manifestación de voluntad, que tiene por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho, es posible, en el momento en que tal manifestación se produce, consignarla por escrito, ya en orden a la constitución misma del acto, ya para que le sirva simplemente de prueba; pero consistiendo el hecho jurídico en un acaecimiento debido a obra de la naturaleza o del hombre, que crea, modifica o extingue un derecho, sin que en el segundo caso este efecto jurídico haya sido el móvil determinante de la voluntad humana, mal podría requerirse de quien invoca a su favor un hecho de tal índole, la prueba escrita del mismo.

Es por esto por lo que las exigencias del régimen probatorio en cuanto a la forma literal, ya como elemento **ad solemnitatem** (art. 1760, C. C.), ya como requisito **ad probationem** (arts. 1767 ibid. y 91, 92 y 93, Ley 153 de 1887), versan meramente sobre la demostración de actos jurídicos, dejando abierto el campo de la prueba libre a los hechos, generadores de consecuencias jurídicas.

Aun la ley que, tratándose de obligaciones de valor mayor de quinientos pesos, excluye la prueba de testigos, sin embargo, levanta la restricción para los casos en que haya sido material o moralmente imposible obtener una prueba escrita (art. 93 in fine, L. 153 de 1887).

Ahora bien, la conclusión de un acto jurídico puede estar acompañada de circunstancias influyentes, con poder modificatorio o desintegrante, sobre los elementos subjetivos u objetivos del acto, constitutivas de verdaderos hechos jurídicos, cuya prueba por escrito, en virtud de la naturaleza misma de las cosas, sería imposible. Se impone entonces la libertad de probación. Tal ocurriría con la incidencia de incapacidades naturales, carencia total de consentimiento, vicios del mismo (error, dolo, violencia y lesión), falta de objeto e ilicitud de éste o de la causa.

Quiere, pues, decir que la demostración de los hechos generadores de la nulidad, absoluta o relativa, de un acto jurídico, escapa a las normas restrictivas de la prueba testimonial, la que en no pocos casos puede llegar a ser la única de posible conseguimiento; o lo que es lo mismo, que la nulidad, cualquiera que sea su origen, puede, en principio, acreditarse por todos los medios de convicción. Lo que por otro aspecto, tendría que ser así, si se tiene en cuenta que el estatuto de la nulidad está inspirado en consideraciones de orden público, cuya prevalencia no podría sacrificar la ley con escollos sin justificación ante la lógica de las pruebas.

Es así como la jurisprudencia de la Corte, al señalar la separación entre las acciones de simulación y de nulidad, ha podido indicar precisamente, como una de sus diferencias, la relativa a la prueba, sometiendo ésta, en materia de simulación litigada entre los contratantes, a las limitaciones impuestas por la ley al testimonio, y considerándola libre en cuestión de nulidad (XCI, 2217 a 2219, pág. 854). (Casación Civil, septiembre 27 de 1961. Tomo XCVII, pág. 102, 1ª y 2ª).

9

ACUMULACION DE ACCIONES

Clases de acumulación.—Elementos necesarios.—Acumulación indebida.—Inepta demanda.

El artículo 209 del Código Judicial permite el ejercicio de varias acciones en una misma demanda, si bien entre partes simples o singulares, pues la regla se refiere a la acumulación objetiva de acciones y no a la subjetiva.

El concepto de parte se encuentra definido en el artículo 202 que denomina así al "litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones", con lo cual se prevé la acumulación inicial subjetiva con fundamento en pretensiones conexas.

Esta conexidad se presenta cuando hay comunidad de elementos definidores de dichas pretensiones, y puede ser subjetiva, objetiva o causal, según que el elemento común sean los sujetos, el objeto o el título. El artículo 398 del Código Judicial describe cinco casos en que, conforme al criterio de la disposición, de seguirse separadamente los juicios se divide la "continencia de la causa", es decir, cuando las pretensiones tienen un contenido común determinado por aquellos elementos o por unos de ellos: por todos, cuando los tres concurren a establecer una relación jurídica única, en cuyo caso el litisconsorcio se hace **necesario** para evitar que los efectos de la cosa juzgada se surtan respecto de juicios en los cuales no fue proferida la sentencia; por dos, cuando son comunes los sujetos y el objeto, o los sujetos y la acción, o la acción y el objeto; y por uno, cuando las acciones provienen de una causa común, en todos estos otros casos en consideración a la conexidad que entre los procesos establece la existencia de uno o dos elementos esenciales comunes (litisconsorcio facultativo propio).

La dificultad de conformar la norma del artículo 398 a los principios que la ciencia procesal profesa en materia de acumulación lleva al intérprete a averiguar qué debe entenderse por **acción** en el expresado texto: no la acción propiamente dicha, como se lee literalmente, porque su concepto es inseparable de los elementos que la configuran, sin que sea dable descomponerlo para establecer la conexidad por el todo a la vez que por sus elementos aislados; ni tampoco la causa, pues que este tipo de acumulación se halla específicamente recogido en el numeral cuarto del artículo 398, como resulta del texto de la disposición; ni la relación de derecho material que se alega, figura estrictamente privatista, cuyos extremos no siempre coinciden con los de la acción procesal; sino más bien la reclamación que se dirige al Juez para obtener la celebración o el reconocimiento de aquella relación jurídica, o sea la **pretensión** en cuanto expresa el pronunciamiento que se reclama del órgano jurisdiccional, esto es, "lo que se demanda".

Ahora que la acumulación inicial de acciones que permite el artículo 209, no puede hacerse con prescindencia de lo prescrito en el artículo 398, aunque este último se refiera de manera concreta a la acumulación de autos o procesos, es cuestión que esclarecen, no solamente la naturaleza misma de las dos especies de acumulación y los fines que con ella se persigue, que son los mismos en uno y otro caso, sino la aplicación que la Corte ha dado en numerosos casos a esas normas (G. J. XLI, 114; XLIII, 752; LV, 733).

En la demanda con que se inició el presente juicio, que contiene un litisconsorcio activo, se notan tres elementos de condición bien definida: uno, las pretensiones, que son iguales en todos los demandantes: reconocimiento del derecho de propiedad privada de hidrocarburos; y los otros dos, los demandantes, que son tres, y los inmuebles que son objeto de la demanda que, aunque en otra época integraran un solo globo de tierras, en el momento de iniciarse el juicio constituían siete cuerpos ciertos debidamente individualizados, pertenecientes a distintos dueños. Tanto los demandantes como los objetos son, pues, distintos. Y como, por otra parte, no se acreditó en el curso del juicio que las acciones promovidas por los distintos demandantes provengan de una misma causa común, resulta que la acumulación aparece realizada con el solo fundamento de un elemento de unión, insuficiente para hacerla conducente a tenor de las disposiciones comentadas, ya que determina la falta del presupuesto procesal de **demanda en forma**, sin el cual la acción no puede conducir a una decisión de fondo. Por este último motivo, no es el caso de proferir un pronunciamiento sobre la sujeta materia

de la litis, pues que siendo la demanda en forma un presupuesto del fallo, éste no puede ser pronunciado si ella falta, sino que su ausencia lleva a la inhibitoria para dictar sentencia. (Sala de Negocios Generales, 12 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 770, 1ª y 2ª).

10

ACUMULACION DE ACCIONES

(Sentido de la palabra "acción" cuando se habla de acumulación de acciones).

Propiamente no hubo acumulación de acciones en el presente caso, porque este fenómeno, previsto en el artículo 209 del Código Judicial, se refiere a las acciones sustanciales o pretensiones de las partes; porque si bien se habla de acción ordinaria o acción especial o de acción ejecutiva, en realidad este modo impropio de expresarse se refiere a la vía ordinaria, especial o ejecutiva, señalada en el Código de Procedimiento, en desarrollo de las acciones sustanciales conferidas por el Código Civil.

Si un acreedor hipotecario deja prescribir la acción ejecutiva, en el juicio ordinario, además de pedir la condena del deudor, nada se opondría a que suplicara la declaración de que el cumplimiento de la obligación podría hacerse efectivo en la forma prevista en los artículos 1189 y siguientes del Código Judicial, sin que por esto pudiera afirmarse que está acumulando, indebidamente, la llamada acción hipotecaria con la personal de condena. (Sala de Negocios Generales, 28 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 761, 2ª, 762, 1ª).

11

ACUMULACION DE JUICIOS DE PETROLEOS

(Cuando los títulos emanados del Estado son varios, no es posible la acumulación).

Para que la solicitada acumulación de procesos fuera viable, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial, en las respectivas demandas, además de precisar o determinar exactamente el título emanado del Estado, debía especificarse, con sus lindes, el inmueble que salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, con la consiguiente afirmación de que los distintos lotes o parcelas de los actores están comprendidos dentro del área de aquél, con el fin de que, durante el término probatorio, sea posible identificarlos sobre el terreno, tanto el todo como cada una de sus partes, las cuales en tal evento resultarían amparadas por el mismo título, requisito indispensable para ordenar la acumulación de los juicios.

Cuando los títulos emanados del Estado son varios, falta el nexo entre los distintos litigios; y, en consecuencia, no puede cumplirse la finalidad de dar cierta unidad al proceso, encaminada al aprovechamiento de las pruebas, pues si el título original es uno, basta una sola inspección ocular para identificarlo, mientras si son varios necesariamente habrá que identificar y ubicar cada uno de los predios descritos en el título respectivo, para luego hacer una discriminación entre las parcelas de los actores, a efecto de precisar qué título ampara a cada una de ellas. (Sala de Negocios Generales, 14 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 777, 1ª y 2ª).

12

APELACION Y REFORMATIO IN PEJUS

En desarrollo de la tesis de la acusación de que la sentencia de segundo grado agravó la situación jurídica en que colocó al demandante el de primera, toma el recurrente como nuevas declaraciones del fallo del ad quem, las consideraciones que hace en su parte motiva. A lo cual observa la Sala: el acto de voluntad, obligatorio para las partes y el juzgador, no está en los razonamientos de la parte motiva, sino en lo que disponga la parte resolutiva. El Juez no representa al Estado

en cuanto razona. En esta actividad ejecuta un acto de inteligencia semejante al que en el juicio cumplen las partes al sostener sus pretensiones, o al que realiza un consejero jurídico al emitir un dictamen. Las premisas lógicas de la sentencia pueden ser correctas o equivocadas, consonantes con lo que decida en la parte dispositiva o incongruentes con ella. Si esto ocurre, habrá un vicio en la formación del silogismo, sin incidencia en el acto jurisdiccional representativo a una de la voluntad de la ley y de la voluntad del Estado, pero no un defecto en la decisión de fondo con valor suficiente para llegar a la conclusión de que lo dicho en los fundamentos vale como pronunciamiento judicial de mérito.

Incurre la acusación en el error de creer que lo sometido al superior es la sentencia y no el juicio. Se sabe que según nuestro sistema procesal, el Juez del doble grado examina la causa **ex novo,** con poderes iguales al de primera, tomando como base de la decisión el material producido ante el inferior y el que él se haya procurado, cuando sea del caso. Como bien lo expresa Chiovenda, "lo que es objeto del examen del Juez de segunda instancia no es la sentencia del de primera, sino directamente la relación jurídica controvertida. Y cuando al fin falla la apelación, la sentencia de primer grado pierde por completo el valor potencial que tenía al desaparecer la posibilidad de quedar como decisión del pleito.

"Se desconocen estos principios al atribuír a la sentencia de primer grado un valor diferente; en particular, cuando en el caso de desestimación de la apelación, se considera la sentencia de primera instancia como la verdadera y única de la causa. Esta es una equivocación grave, debida en parte a determinados usos externos que pueden fácilmente conducir a error. Es un hecho que el Juez de la apelación examina la sentencia de primera instancia, y parece hacer de ella la base de su juicio; mas es bien natural que, habiendo tenido ya lugar un primer examen de la causa, el segundo Juez considere ante todo el trabajo del primero; ello simplifica el suyo. La verdad es, sin embargo, que el segundo Juez, a través de la sentencia de primera instancia, conoce de nuevo de la causa. Es un hecho también que, al fallar la apelación, el Juez de ésta emplea la fórmula: **confirma la sentencia apelada, rechaza la apelación** y otras semejantes. Pero ello no quiere decir que la sentencia de primer grado perdure así purificada de toda impugnación, como sucedía cuando la apelación no era otra cosa que una reclamación al Juez superior contra el inferior; en derecho moderno, la realidad es la de que el Juez de segundo grado dicta una nueva sentencia. Sólo por consideraciones prácticas, cuando el fallo de segundo grado es conforme al de primero, suele adoptar la forma de una mera referencia a la primera resolución, pues que la sentencia de primer grado, aun habiendo perdido todo valor potencial de sentencia, es en todo caso prácticamente la mejor explicación lógica de la sentencia de apelación.

"En el caso de que la sentencia de apelación sea contraria a la de primera instancia, nada hace falta decir para demostrar que la única sentencia de la causa es la de apelación". (Instituciones, t. 2º, págs. 104 y 105).

En el caso **sub judice** el Tribunal decidió el pleito declarando probada la excepción de prescripción. A eso equivale la fórmula "confirma la sentencia consultada", empleada en la parte resolutiva. Es un nuevo fallo igual al del Juzgado **a quo,** decisorio de la relación jurídico material objeto de la litis. La identidad entre las dos sentencias es contraria al concepto de que la de segunda causó agravios al actor. Para ello habría sido necesario que la sentencia del Tribunal no hubiera sido igual sino diferente, y más gravosa que la del inferior. Que discrepen en los considerandos quiere decir únicamente que la actividad intelectual de los dos falladores se informó en principios distintos, no que el diverso razonamiento se hubiese reflejado en sus resoluciones, pues, se repite, las dos tienen el mismo alcance. En ambas el resultado es idén-

tico: la absolución de la parte demandada. (Sala de Casación Laboral, 29 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 584, 1ª y 2ª).

13

ARBITRAJE

(Cuál es el objetivo del arbitraje obligatorio y cuál el del arbitraje voluntario).

El argumento del recurrente de que si el árbitro carece de facultad para establecer organismos arbitrales lleva a la consecuencia de que carece también de ella para decretar aumentos de salarios, porque para tal fin se requiere la voluntad contractual, carece de consistencia. Lo mismo puede afirmarse del que se aduce en el sentido de que el arbitraje obligatorio tiene su fuente en la ley y no en el consentimiento de las partes.

No son valederos tales argumentos, porque el arbitraje obligatorio, en los casos de la ley, está instituído para la decisión de conflictos colectivos de trabajo, esto es, de intereses simples, y el arbitraje que nace de la cláusula compromisoria define conflictos jurídicos individuales y no colectivos.

El fallo arbitral, decisorio del conflicto colectivo, tiene el alcance de convención colectiva "en cuanto a las condiciones de trabajo" (artículo 461 del C. S. T.). Objeto de la convención es fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (artículo 467 del ibídem). El salario es condición fundamental entre las condiciones de la relación laboral, y como el fallo arbitral citado desempeña el mismo oficio de la convención colectiva, entra en sus facultades los aumentos de la asignación a los trabajadores sin que ello implique quebranto del precepto legal, según el cual el salario, en cada contrato de trabajo, debe ser convenido por el patrono y el trabajador. (Sala de Casación Laboral, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 609, 2ª).

14

ARBITRAJE PERMANENTE

(La legislación del trabajo no instituye el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente).

El Decreto legislativo 2017 de 1952 (artículo 1º) no establece la cláusula compromisoria origen de la jurisdicción arbitral. La norma se limita a disponer que es de la competencia privativa de esa jurisdicción la decisión de los conflictos entre las partes, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral.

Entiende, pues, la disposición que las leyes vigentes a la época de su expedición permiten estipular la cláusula compromisoria en convención, pacto o fallo arbitral. Ello es así, porque el adjetivo **"respectiva"** se usa para indicar persona o cosa antes determinada. Y ocurre que la legislación anterior al decreto referente al arbitraje voluntario (artículos 130 a 143 del C. P. L.), que sólo tiene cabida para la decisión de conflictos jurídicos, no instituye el pacto y el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente, sino únicamente la convención colectiva (artículo 139). Es más amplio el mencionado estatuto en cuanto al arbitraje transitorio u ocasional, pues permite pactar la cláusula compromisoria en el contrato individual, el sindical, la convención colectiva, y cualquier otro documento otorgado posteriormente. Pero en las dos modalidades del arbitramento en el derecho del trabajo —transitorio o permanente— está excluído el fallo arbitral como origen de la cláusula en referencia.

Es de simple lógica que si para la decisión de conflictos jurídicos el arbitraje es voluntario, deja de serlo si a las partes se lo puede imponer un laudo arbitral. Reafirma, pues, la Sala el concepto que sobre el punto expuso en la sentencia de 28 de octubre de 1960 (XCIII, 961 ss.) y las posteriores a esa fecha que la han reiterado. (Sala de Casación Laboral, 11 de octubre de 1961, Tomo XCVII, pág. 609, 1ª y 2ª).

15

ARBITRAJE PERMANENTE

(La legislación laboral no reconoce al fallo arbitral como origen del arbitraje permanente).

El arbitraje permanente sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes. El Código Procesal del Trabajo no señala como fuente de la cláusula compromisoria el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual, cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas. Así lo expresó esta Sala en fallo publicado en el Tomo XCIII de la Gaceta Judicial, páginas 961 a 965. (Sala de Casación Laboral, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 607, 2ª).

16

ASESINATO

(Concurso de delitos).

Los procesados fueron llamados a juicio por dos homicidios en concurso material, ambos dentro de la modalidad de asesinato, ya que se estimó que los habían consumado "con sevicia y aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encontraban las víctimas". En estas condiciones condenó el Jurado, y entonces, al ser acogidos los veredictos, necesariamente tenían que aplicarse el artículo 363 del Código Penal, que trata del asesinato, y el 33 de la misma obra, que se refiere al concurso material. De otra parte, ninguno de los sentenciados fue condenado a la pena máxima, que conforme al artículo 45, ibídem, habría sido la de veinticuatro años de presidio, lo que quiere decir que se tuvieron en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad que concurrían a favor de cada uno de ellos. Tampoco, en consecuencia, se violaron, por indebida aplicación, los artículos 38 y 39 del citado estatuto. (Casación Penal, diciembre 13/61. Tomo XCVII, pág. 531, 1ª y 2ª).

17

ASOCIACION PARA DELINQUIR

(Elementos del delito).

Según la doctrina, son de varios órdenes los distintos aspectos que separan el delito de asociación para delinquir de otros fenómenos semejantes, que podrían confundirlo si no se consigue diferenciarlos como es debido, para darles su fisonomía propia.

En primer término la asociación de delincuentes (societas delincuentium), constituye una excepción al principio general de que los actos preparatorios del delito no son reprimibles penalmente. Y en segundo término, su calidad de infracción autónoma **per se**, independiente de los ilícitos que cometan o puedan cometer los asociados delincuentes o banda de malhechores, es decir, aquellos que hagan parte de tal agrupación criminal.

En lo concerniente al primer aspecto, la regla general es que los actos preparatorios

de hechos criminosos no entran en la esfera penal mientras conserven carácter de tales. Ello sin duda que por ser equívocos o ambiguos, podrían conducir a errores notorios cuando no demuestran un propósito hacia un determinado fin.

En lo tocante al segundo aspecto, surge éste de la circunstancia de que siendo la asociación criminal un delito de peligro, de simple actividad, concepto éste que pertenece a su propia naturaleza y es de su esencia, pues su fisonomía especial lo cataloga entre hechos potencialmente atentatorios contra la sociedad, por la alarma colectiva que producen y la inseguridad común que determinan, esto mismo indica que no es menester para la existencia de aquel ilícito llevar a cabo los hechos criminosos que la asociación se propuso al constituírse u organizarse en banda criminal, porque esto es independiente de ellos, ya que por sí solos conllevan un tipo de infracción penal desvinculado de los otros hechos que los asociados en cuadrilla pudieran cometer. La amenaza social que comportan implica su castigo, por el solo hecho de la asociación, aunque no cometan otro u otros delitos.

Conviene advertir que no basta la reunión fortuita coincidencial de varios delincuentes y que varios sujetos concurran en la ejecución de un hecho delictuoso. Esto último constituiría una forma de coparticipación criminal, distinta de la asociación para delinquir propiamente dicha. (Casación Penal, 14 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 551, 2ª, 552, 1ª).

18

ASOCIACION PARA DELINQUIR

(Fin).

El fin de la asociación para delinquir es cometer varios delitos. Este fin —dice el autor citado— es lo que hace acriminable la asociación, y es necesario demostrar en cada caso que la asociación de que se trata está constituída con el objeto de cometer varios delitos. Tal objeto de la actividad asociativa puede ser únicamente **delitos**, no contravención; delitos se entiende, previstos en el Código Penal o por leyes especiales. Y deben ser **varios.** Ponerse de acuerdo para cometer un solo delito, no es acción punible si aquél no es cometido; pues si se comete entramos en la hipótesis de concurso en un mismo delito.

Los elementos constitutivos o tipificadores del ilícito asociación para delinquir, son: a) asociación o banda; b) número de asociados, que debe ser de tres o más personas; c) objeto, que es el de cometer delitos mediante el común acuerdo o recíproca ayuda de los asociados, y d) permanencia en el objeto o en tal finalidad.

En cuanto al primer elemento puede decirse que la asociación por sí misma es la que denota el acuerdo de las voluntades para un fin común. Por ello es un presupuesto indispensable para el delito. Pero conviene advertir que para la ley resulta indiferente la manera como se constituya la asociación de delincuentes. Bien puede ser por escrito, con estatutos o sin ellos, o bien en forma verbal, disciplinada o jerárquica.

En lo tocante al segundo elemento, o sea el número de los asociados, varía en las legislaciones, algunas de las cuales exigen mayor número de sujetos que compongan la asociación para delinquir. Así, por ejemplo, el Código italiano aumenta la pena si el número de asociados fuere de diez o más.

En relación al tercer elemento, debe consignarse, de manera expresa, que el objeto de estas asociaciones es consumar delitos indeterminados; y esto es lo que precisamente constituye su máximo peligro, desde el punto de vista del orden social y la tranquilidad pública. Merced a tales asociaciones, la comunidad está expuesta a todo género de amenazas.

El último elemento lo caracteriza la circunstancia de que la asociación debe ser siempre permanente. Lo que aparte de diferenciarla del "complot", en el cual el objeto de los complotados es reunirse en forma acci-

dental para cometer un delito determinado, hace también más patente su diferencia con la coparticipación delictuosa y destaca más su autonomía, esto es el concepto de delito independiente o **per se.** (Casación Penal, 14 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 553, 1ª y 2ª).

19

ASOCIACION PARA DELINQUIR

(Prueba directa, sospechas e indicios).

Es notorio que en tratándose de hechos que acrediten el ilícito de asociación, sea muy difícil aportar una prueba directa que satisfaga la certeza legal necesaria para proferir sentencia condenatoria. Pero la falta de esto no conlleva al exceso de que las simples sospechas sirvan para remediar las deficiencias probatorias. La sospecha es en puro rigor doctrinario un comienzo de indicio, lo que quiere decir que apenas cuando más puede constituír "un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (latus escensus) que requiere verificarse. La sospecha sola o acompañada de otras sospechas puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero, nunca, ser fundamento para una condenación". (Dellepiani, "Nueva Teoría General de la Prueba", pág. 99). (Casación Penal, diciembre 14/61. Tomo XCVII, pág. 554, 2ª).

20

AUTENTICACION

(De documentos extendidos en el extranjero).

Exigía el artículo 657 del Código Judicial para presumir conformidad con la ley del lugar de su otorgamiento, que los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en países extranjeros llevaran la autenticación de los Ministerios de Relaciones Exteriores de Colombia y del país de origen. Pero el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, para simplificar convenientemente el sistema, vino a estatuír que "los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en el extranjero de que se quiera hacer uso en Colombia, deben estar autenticados por el respectivo Agente Consular o Diplomático de la República, o en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se conforman con la ley del lugar de su otorgamiento".

Es así como se efectúa la autenticación prevenida por el artículo 21 del Código Civil para establecer por las reglas del Código Judicial el hecho de que los instrumentos hayan "sido realmente otorgados y autorizados por las personas, y de la manera que en tales instrumentos se exprese". (Casación Civil, noviembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 169, 2ª).

B

21

BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

(El cónyuge que reclama un bien como suyo, debe demostrarlo).

El artículo 1795 del Código Civil, acogiéndose a los hechos que suele crear la unión matrimonial, presume que todos los bienes, corporales e incorporales, muebles e inmuebles, que existan en poder de cualquiera de los cónyuges, al momento de disolverse la sociedad conyugal, pertenecen a ésta, a menos que sea patente o se demuestre lo contrario. Consagra una presunción **juris tantum,** que le impone al cónyuge que reclama un bien como exclusivamente suyo o al tercero que le atribuye ese carácter, la carga de demostrar su aserto; y a este fin, si se trata de un inmueble, tendrá que acreditarse, ya el hecho de haberlo aportado aquél al matrimonio, ya el de haber-

lo adquirido durante la sociedad, a cualquier título excluyente de la misma, como donación entre vivos, legado, herencia, subrogación real, accesión o hallazgo.

Mas así como el cónyuge interesado en ello no tiene para qué empeñarse en un proceso eliminatorio de la presunción, cuando está de manifiesto que el bien de que se trata es de su pertenencia exclusiva —como si sosteniendo que hubo un inmueble por donación, exhibe la escritura pública contentiva de tal acto—, de igual modo, la sociedad no necesita prevalerse de la presunción, cuando su titularidad sobre un bien determinado está a la vista, formalmente constituída, verbigracia escritura pública de compra por uno de los cónyuges, de un inmueble, durante la sociedad, pues, entonces, presente el título, se impone éste como rector de la situación. Por lo mismo, el cónyuge o su causahabiente que, en este caso, pretendiera desconocer la calidad social del bien, para tomarlo como propio, tendría necesariamente que probar, no contra la presunción del artículo 1795, sino contra el título de adquisición de que dimana aquella calidad, y el cual sólo podría ser desvirtuado por los medios legalmente idóneos a contrarrestar los actos de su clase. (Casación Civil, diciembre 6 de 1961. Tomo XCVII, págs. 215, 2ª, y 216, 1ª).

C

22

CARGA DE LA PRUEBA

(Cómo y quién debe probar la existencia de la cláusula compromisoria).

Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de trascendencia jurídica, y otra muy distinta su demostración. Entre la afirmación del hecho, simple manifestación de conocimiento de quien la hace, y la prueba del mismo, no hay una relación de causalidad necesaria. Si así fuera, la afirmación del hecho y su prueba tendrían la misma significación. Es regla de derecho probatorio de universal aceptación, la de que al actor corresponde la carga de la prueba, respecto de los hechos básicos de sus pretensiones, y al demandado la de los hechos en que funde las excepciones que proponga.

En el caso debatido, la excepción de incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del litigio, propuesta por la asociación patronal al contestar la demanda inicial, le imponía la carga de demostrar que entre ella y el sindicato al cual se halla afiliado el actor, se había estipulado la cláusula compromisoria; que ésta había sido consignada por escrito, conforme a la ley, acompañando al proceso copia auténtica del correspondiente documento. Esta prueba no figura en autos. (Sala de Casación Laboral, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 608, 1ª y 2ª).

23

CASACION

(Alcance del auto que admite el recurso).

El auto admisorio del recurso de casación es un proveído preparatorio, cuya ejecutoria formal no liga a la Corte, quien, por lo tanto, si en el momento de decidir en definitiva encuentra que el recurso no reúne los requisitos indispensables, puede apartarse de aquella providencia preliminar y dictar sentencia, desechando la casación por no ser procedente (en este orden de ideas, véanse las sentencias de Casación Civil de 30 de noviembre de 1951, LXX, pág. 850, y de 1º de marzo de 1954, LXXVII, pág. 51) (Casación Civil, octubre 16 de 1961. Tomo XCVII, pág. 120, 2ª).

24

CASACION

(Como ésta no es una instancia, la Corte no puede entrar a sopesar nuevamente el elenco probatorio).

En constante jurisprudencia la Corte ha declarado que la casación no es una instancia y

que, de consiguiente, no puede entrar a sopesar nuevamente todo el elenco probatorio, sino que ante ella sólo puede tener cabida el examen de errores de hecho que aparezcan de modo evidente en los autos; que la apreciación del fallador de instancia en el análisis de las pruebas, es soberana en tanto no se demuestre que en el proceso lógico de su estudio incurrió, y en forma nítida, en error que se ofrezca a la inteligencia sin sombras de dudas; así, y sólo así, podría la Corte modificar el criterio del Tribunal en la apreciación de la prueba en cuanto incida en la violación de la ley sustantiva base de la sentencia; y que cuando el Tribunal, después del estudio de todos los elementos probatorios llegó a una conclusión, no se puede combatir ésta haciendo examen aislado de cada uno de esos elementos que forman el conjunto probatorio: la conclusión hay que tomarla como un ente jurídico para combatirla, señalando y probando un error. (Casación Civil, septiembre 25 de 1961. Tomo XCVII, pág. 85, 2ª).

25

CASACION

(Condiciones que debe reunir toda demanda).

El carácter extraordinario que tiene el recurso de casación impone que la demanda se presente con todas las formalidades prescritas en la ley, pues, como es sabido, la Corte, a diferencia del fallador de instancia, no puede entrar a considerar oficiosamente las infracciones en que el Juez de segunda instancia haya incurrido en la sentencia acusada, sino cuando los motivos de casación han sido invocados debidamente. Así el artículo 531 del Código Judicial dispone que la demanda de casación debe expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo y precisar los fundamentos de ella. Esto porque cada una de las siete causales, por las cuales procede el recurso de casación, tiene su estructura y sus razones de ser propias. La invocación de la causal correspondiente a cada cargo se satisface, como lo tiene dicho la Corte, ya citando concretamente alguna de las consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, o exponiendo la tacha en forma tal que de los hechos que la constituyen y fundamentos que la sustentan aparezca claramente de cuál se trata. (Casación Civil, noviembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 187, 1ª).

26

CASACION

(El recurso no es una tercera instancia).

En cuanto el libelo de casación constituye un planteamiento crítico del haz probatorio y de las consecuencias del mismo deducibles, según el criterio del impugnante, para contraponerlo al juicio del sentenciador, como si se pretendiese que el último ceda de su sitio a aquél, ello no es de recibo en este recurso extraordinario, el que, no siendo una tercera instancia, deja intacto el fallo del Tribunal, cuando se le ataca por violación de la ley sustancial con base en el supuesto de errores de hecho evidente o de derecho en la estimación de la prueba, si el yerro de cuya imputación se trata no se demuestra cabalmente. (Casación Civil, noviembre 17 de 1961. Tomo XCVII, pág. 196, 1ª).

27

CASACION

(Es antitécnico acusar la sentencia por violación de todo un decreto o una ley).

Una vez más se repite que es antitécnico acusar la sentencia por violación de todo un decreto legislativo o de una ley. El buen suceso del recurso hace necesario señalar concretamente la disposición o disposiciones que el recurrente cree violadas. (Casación Civil, noviembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 156, 1ª).

28

CASACION

(Interés para recurrir).

Si el interés es el supuesto de toda pretensión deducida en juicio, hasta el punto de no concebirse acción sin un interés, ya de orden económico, ya de orden moral, que la sustente, no escapa al rigor de este imperativo el recurso extraordinario de casación. El que, si bien tiene como principal fin el de unificar la jurisprudencia nacional, sin embargo, no se mueve a ese superior resultado, en cada caso concreto, sino por el impulso del interés particular del litigante o litigantes a quienes la sentencia de segunda instancia haya sido desfavorable en algún sentido. Lo que se corresponde a cabalidad con la misión del poder jurisdiccional, constituído como está, primordialmente, para declarar el derecho, impartiendo justicia, en las contraposiciones y pugnas de los intereses humanos, jurídicamente considerados.

Es así como uno de los maestros del procesalismo contemporáneo enseña en punto de casación, lo siguiente: "La legitimación (legitimatio ad causam) activa y pasiva es, para el recurso de casación, como en general para todos los medios de impugnación, un requisito difícilmente separable del requisito del interés; en efecto, para establecer qué personas están legitimadas en casación, no se puede detener a investigar la simple calidad de 'parte', sino que es necesario también, para establecer a qué parte respectivamente pertenece la legitimación activa o pasiva, referirse al requisito de **haber sido vencida**, lo cual, como puede ser considerado desde el punto de vista del interés, también puede considerarse desde el punto de vista de la legitimación, como **cualidad** integrante de este concepto. Teniendo presente esta inseparabilidad de los dos conceptos, podemos decir que en el recurso de casación la legitimación en general compete a las personas que han sido **partes** en el juicio del mérito; y en particular la legitimación activa compete a la parte **vencida**, y la pasiva a la parte **vencedora**" (Calamandrei, Casación Civil, número 23, pág. 69, traducción Sentís Melendo-Ayerra Redín).

Quiere decir que en el recurrente en casación debe haber un interés real para que se infirme la sentencia acusada, por resultarle de ésta o una condenación o un demérito de su situación de derecho preexistente o un estado de incertidumbre jurídica. Es decir, que ese interés ha de significarle al recurrente el beneficio de evitarse un daño o riesgo actual de daño, si obtiene la infirmación del fallo recurrido.

Tratándose del demandado, bien puede suceder que, no obstante su posición de tal, no sufra perjuicio alguno con la prosperidad de la demanda, como en el caso de que, habiendo varios demandados, la sentencia sólo sea desfavorable para unos y deje incólumes a los demás, por lo cual los últimos, a pesar de ser partes en la causa, no siendo los sujetos llamados a sufrir la condena, responsabilidad o situación establecidas en el pronunciamiento, es decir, no resultando constituídos en los sujetos pasivos de la relación jurídica que el fallo consagra, quedan desprovistos de interés y de legitimación para alzarse o pronunciarse contra el mismo.

Es así doctrina constante de la Sala, como puede verse de sus pronunciamientos de 14 de junio de 1940, XLIX, pág. 517; 27 de septiembre de 1946, LXII, pág. 42, y 18 de marzo de 1954, LXXVII, pág. 107, que "el interés indispensable para recurrir en casación puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio... porque **la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente**". (Casación Civil, octubre 16 de 1961. Tomo XCVII, págs. 119, 2ª, y 120, 1ª y 2ª).

29

CASACION

(La Corte no tiene facultad para declarar ejecutoriado el fallo de primer grado).

La Corte, en Sala de Casación Civil, no tiene facultad para declarar ejecutoriada la sen-

tencia de primera instancia. La ley sólo autoriza este pronunciamiento por la Corte respecto de la de segundo grado, cuando no se ha suministrado por el respectivo recurrente el papel para la actuación (arts. 353 del C. J., 3º del Decreto 243 de 1951). (Casación Civil, septiembre 25 de 1961. Tomo XCVII, pág. 89, 2ª, y 90, 1ª).

30

CASACION

(La invocación de los artículos 637 del Código Judicial y 1761 del Código Civil, por sí solos no son suficientes para fundar el recurso).

Los artículos 637 del Código Judicial y 1761 del Código Civil, señalan los requisitos que debe reunir el documento privado para que tenga el valor de confesión o de escritura pública o de plena prueba respecto de las personas que lo han suscrito o sus sucesores y contra los cuales se exhiben. Estas normas conforme a sostenida doctrina de la Corte cabe invocarlas en la acusación por error de derecho o de valoración de una prueba, pero al lado de ellas deben citarse las propiamente sustantivas, ya que si bien aquéllas tienen tal carácter, por sí solas no son suficientes para fundar el recurso, porque su violación es apenas un medio por el cual se infringe la ley sustancial. (Casación Civil, octubre 27 de 1961. Tomo XCVII, pág. 144, 2ª).

31

CASACION

(No varía la naturaleza del cargo porque sólo se le cambie el nombre para invocarlo por otra causal).

Es la casación recurso extraordinario y estricto que se mueve por causales que la ley individualiza y enumera taxativamente. No está, en consecuencia, a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo indemostrable por la causal que en derecho le sería propia, venga a ser próspero con sólo cambiar la nomenclatura del motivo invocado. (Casación Civil, noviembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 168, 1ª).

32

CASACION

(Autonomía de los Jueces de Derecho en la función de juzgar).

Cuando el fallador de instancia no se ha excedido en la valoración de la prueba, ni aparece en ello un protuberante error, no es posible admitir, como ya lo ha dicho la Corte, un simple criterio de oposición al valor legal de esa misma prueba, fundado en tachas o conjeturas, que fuera de no estar demostradas, conduciría a admitirse, en todos los casos, casar o invalidar todos los fallos, y lo que es todavía más grave, desconocería la prudente autonomía de los Jueces de Derecho en la función de juzgar. (Casación Penal, septiembre 6 de 1961. Tomo XCVII, pág, 247, 1ª).

33

CASACION

(Causal 2ª — Pruebas).

Lo que a la Corte importa en casos como éstos de avaluación probatoria, es examinar si la apreciación de ella hecha por el Tribunal no constituye un evidente error ni equivocación protuberante. Los Jueces **ad quem** tienen, de conformidad con la ley, algunas facultades arbitrales para señalar el contenido de la prueba, de manera que ella conduzca a establecer la verdad legal-moral necesaria para deducir una responsabilidad penal. (Casación Penal, septiembre 6/61. Tomo XCVII, pág. 247, 1ª).

34

CASACION

(Causal 2ª)

Con respecto a la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, la Corte dice que "su función 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. LXXXI, Nos. 2160-2161, págs. 845 y 846). (Casación Penal, noviembre 24/61. Tomo XCVII, pág. 513, 2ª).

35

CASACION

(Incidencia de las causales 2ª y 1ª en este recurso).

La causal segunda, y en subsidio la primera, por presuponer la prosperidad de aquélla, incide directamente sobre la prueba, de tal manera que cuando ella no ha sido negada, discutida, ni desvirtuada en el proceso, su vigencia resulta inoperante e improcedente en casación. (Casación Penal, 3 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 375, 2ª).

36

CASACION

(Causal 3ª — Auto de proceder. — Veredicto).

El veredicto del Jurado es prueba suficiente para declarar la responsabilidad del procesado, sin que corresponda al Juez de derecho examinar si los medios de convicción tomados en cuenta por aquél constituyen plena prueba, o no. Solamente puede el Juez de derecho declarar contraevidente el veredicto con los hechos, lo cual no se hizo en este proceso. Y en numerosos fallos ha dicho esta Sala que tal contraevidencia dejó de ser motivo de casación, como lo expresa, asimismo, la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal vigente.

Es evidente que el Juez de derecho, en este negocio, no podía aplicar la previsión contenida en el artículo 385 del Código Penal, sobre complicidad correlativa, porque las disposiciones pertinentes, de acuerdo con el veredicto del Jurado, son los artículos 362 y 363 del Código últimamente citado.

Si en la sentencia recurrida hubiese el **ad quem** señalado la atenuación de la pena prevista en el referido artículo 385 del Código Penal, se había colocado en desacuerdo con el fallo de los jueces de conciencia, lo que conllevaba el evento de casación señalado en el ordinal 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, noviembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 447, 2ª).

37

CASACION

(Causal 7ª. — Veredicto contradictorio).

Los términos mismos del veredicto impugnado de contradictorio tienen indudablemente este carácter. En efecto, ellos envuelven dos proposiciones antagónicas, pues mientras de un lado aquella decisión afirma que la anomalía psíquica que el procesado sufría al tiempo de cometer el homicidio era grave, a renglón seguido le desconoce este carácter para considerarla como leve, o por lo menos le otorga a la acción delictuosa modalidades que no se compaginan con los propios términos en que está concebido y redactado el veredicto. (Casación Penal, septiembre 6/61. Tomo XCVII, pág. 252, 1ª).

38

CASACION

(Causal 7ª — Veredicto contradictorio).

En el propósito manifestado de manera implícita por el juri de decidir de conformidad con los pedimentos de la defensa, sin ceñirse literalmente a sus términos, los tergiversaron de tal modo que los hicieron inconciliables. No se puede interpretar un veredicto supliendo el pensamiento o el espíritu de sus mismos términos, con la opinión que ellos merezcan al Juez. Este debe someterse a la decisión del Jurado, si la quiere tener en cuenta, porque no la considera notoriamente injusta. De otra suerte, con el pretexto de interpretación puede el fallador salirse de sus atribuciones, reconociéndole al veredicto una proyección penal que no le corresponde.

Interpretar el espíritu de un veredicto saliéndose de sus términos precisos, no puede autorizarse legalmente. So pretexto de interpretar la decisión del Jurado, se puede sacrificar el derecho, y hasta allí no llega la facultad del Juez. Su misión es encuadrar o amoldar el veredicto dentro de la ley, pero sin forzar su interpretación de manera que lleve a conclusiones divergentes. Si éstas surgen, entonces la declaratoria de injusticia o contraevidencia es la que corresponde, en las instancias, pues en casación opera la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, septiembre 6/61. Tomo XCVII, pág. 252, 1ª y 2ª).

39

CASACION

(Las causales previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal son procedentes en los procesos tramitados con arreglo al Decreto 0014 de 1955).

La realidad legal es que el Decreto extraordinario 0014, al no disponer nada respecto del recurso de casación y sí de revisión (art. 76), ha de entenderse lógicamente que no modificó el régimen normativo de aquel recurso, de donde resulta, como consecuencia irreversible, que las causales de casación previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, son procedentes en los procesos tramitados con arreglo al predicho Decreto. Luego es el caso de dar aplicación al artículo 568 de la misma obra, que prohibe tomar en cuenta causales no invocadas expresamente en la demanda.

Si fuese de otra suerte, se tendría que llegar a la conclusión de que aceptando la indebida aplicación y errada interpretación de la ley penal, aunque ésta fue impuesta en la sentencia en forma debida y sin incurrir en error, ya que se aplicó la que corresponde al delito porque fue juzgado el reo a través de las instancias, esto es por hurto, prosperaría la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que fue alegada en forma subsidiaria como corresponde a la técnica del recurso, y que por no prosperar la segunda, mal podría conducir a un juzgamiento por delito distinto del imputado, y del cual únicamente tuvo medios defensivos el procesado. No habiéndose, en consecuencia, aplicado una disposición penal por otra, sino más bien confundido un delito con otro, como es el caso que plantea la demanda, ni la causal 1ª ni la 2ª pueden tener viabilidad jurídica tal como fueron propuestas en la misma. (Casación Penal, octubre 3/61. Tomo XCVII, pág. 376, 1ª).

40

CASACION

(Necesidad de demostrar los cargos).

Como lo dice la Procuraduría delegada, y muchas veces esta Sala, en casación no basta la sola enunciación del cargo, sino que es necesario e indispensable su demostración, pues oficiosamente no corresponde a la Corte, tanto más cuanto que "tampoco el Ministerio

Público puede suplir los vicios de la demanda, toda vez que su función, cuando no es parte recurrente, se limita —por imperio de la ley— a responder la demanda formulada, esté bien o mal elaborada desde el punto de vista sustancial". (Casación Penal, noviembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 476, 2ª).

41

CAUSAL 2ª DE CASACION

La causal de inconsonancia consiste en la desarmonía entre las pretensiones de la demanda o de su respuesta y lo resuelto en el fallo, y no en la aplicación de preceptos distintos de los invocados por las partes ni en que la sentencia se apoye en hechos o consideraciones diversos de los señalados como **causa petendi.** La Corte tiene ya dicho que "la incongruencia de un fallo no se refiere a los hechos, sino a las pretensiones de las partes", y que dicha causal de casación no autoriza ni puede autorizar para abordar el "examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (Casación de agosto 30 de 1954, LXXVIII, 2145, 406; LXXVIII, 2147, 882). (Casación Civil, noviembre 14 de 1961. Tomo XCVII, págs. 178, 2ª, y 179, 1ª).

42

CAUSAL 2ª DE CASACION

(En fallo inhibitorio no tiene cabida ninguno de los supuestos de la incongruencia).

Si por imperativo de raíz institucional, la órbita del deber y poder de decisión del Juez, circunscrita está a los términos impuestos por las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas, el quebrantamiento de este postulado halla su correctivo en casación a través de la causal segunda, que, respetando los fueros de la primera y la séptima, concreta su radio a la incoherencia entre lo decidido y lo litigado.

Tiénese, entonces, que la incongruencia, como motivo específico de casación, consiste, no en la falta de conformidad del fallo con los derechos subjetivos en el proceso ventilados, lo que sería materia propia de la causal primera, sino en la falta de correspondencia entre la resolución del Tribunal y las pretensiones de los contendores, a su debido tiempo traídas al debate.

Por donde, dado el proceso perfectivo de la doctrina jurisprudencial en la materia, cabe concluír que son tres las hipótesis en que el fenómeno de la incongruencia se desenvuelve, a saber: a) Ser la resolución **impertinente,** por proveer sobre puntos no comprendidos en la relación jurídico-procesal **(extra petita);** b) Ser la resolución **excesiva,** por proveer a más de lo que el demandante pide **(ultra petita),** y c) Ser **deficiente,** por dejar de proveer, ya positiva, ya negativamente, sobre puntos de la demanda o sobre excepciones interpuestas por el demandado **(mínima petita).**

Pero como ninguno de estos supuestos tiene cabida en el fallo inhibitorio de fondo, puesto que por él nada se otorga y nada se niega, quiere decir que en un pronunciamiento de tal naturaleza mal puede configurarse el defecto de inconsonancia. Claro es que si la inhibición hubiere sido proferida contra derecho, podría encontrar su sanción en el recurso extraordinario, por los caminos, y de la causal primera, ya de la séptima, según las ocurrencias. (Casación Civil, septiembre 5 de 1961. Tomo XCVII, págs. 40, 2ª, y 41, 1ª).

43

CAUSAL 6ª DE CASACION

Está circunscrita la causal 6ª de casación a los motivos de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, siempre que "no haya sido saneada en conformidad con

la ley". Tales motivos de invalidez no son otros que: 1) la incompetencia de jurisdicción; 2) la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, y 3) la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Se trata, en realidad, de tres situaciones en que sería vulnerada la garantía constitucional de juzgamiento ante Juez competente, con la observancia plena de las formas propias de cada juicio, si no se decretara la nulidad de lo actuado con aquellos vacíos sustanciales. No obstante, por su carácter estricto, el régimen jurídico de las nulidades no es susceptible de interpretación extensiva y menos de aplicación por analogía. Con mayor énfasis en el ámbito extraordinario y también estricto del recurso de casación. (Casación Civil, noviembre 30 de 1961. Tomo XCVII, pág. 206, 1ª).

44

CAUSAL 6ª DE CASACION

(A la parte que no estuvo debidamente representada en juicio, corresponde el interés jurídico para formular el cargo en casación).

Si el demandado en el litigio aduce falta de capacidad procesal en la parte actora por ausencia de poder bastante para representarla, no se remite a duda que el punto de orden público concerniente a la validez de la actuación y al nacimiento del vínculo jurídico procesal se encuentra circunscrito en el recurso extraordinario al motivo 6º, por cuanto se hubiera incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, dentro de las que en segundo lugar figura "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante".

Mas como se halla al arbitrio de la parte indebida o deficientemente representada, y no de su adversario, dar su aquiescencia expresa o tácita para la plena validez de lo que a su nombre actuara otra persona con mandato deficiente o aun sin poder (3º y 4º, 450); y comoquiera que es a la parte que no estuvo debidamente representada en el juicio a quien titulariza el artículo 457 para ejercer la acción o excepción de nulidad, de manera inmediata se desprende que el interés jurídico para formular el cargo en casación pertenece exclusivamente a esa misma parte que no estuvo bien representada en el proceso, y no a la contraparte que dejara precluír la oportunidad de excepción dilatoria, si de su parte algún interés tuviese en ello. No será, pues, de recibo a última hora y en el estrecho marco de la casación el medio elusivo del fallo adverso, o el silencio si fuere favorable.

El no proponer excepción dilatoria para mejorar el procedimiento en casos tales, equivale a no discutir, a reconocer y estar conforme con la capacidad procesal del adversario, y en lo jurídico, al auto ejecutoriado que por mandato del artículo 450 elimina la nulidad cuando ha resuelto "que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante". (Casación Civil, noviembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 168, 1ª y 2ª).

45

CAUSAL 6ª DE CASACION

(La invocación de nulidad por indebida representación de incapaces no constituye medio nuevo).

Tratándose de una cuestión que toca con el precepto constitucional de que nadie puede ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, en las cuales se comprende la de que los incapaces se hallen debidamente representados en pro de su defensa, claramente se ve que la nulidad por la omisión de esta formalidad legal toca con el orden público, y puede invocarse sin que constituya medio nuevo. Consagradas las nulidades de que trata el artículo 448 del

Código Judicial como la causal 6ª de casación, no puede decirse que en su invocación haya un medio nuevo. (Casación Civil, diciembre 18 de 1961. Tomo XCVII, págs. 224, 2ª, y 225, 1ª).

46

CASACION PREVIA

Si, como lo pretende el recurrente, en el litigio ha desaparecido la **legitimatio ad causam** de la parte demandada, con la cual se trabó la relación jurídico-procesal, para la Corte, la petición acerca de que la Sala debe, no obstante haber sido admitido, abstenerse de conocer del recurso de casación por falta de competencia, no es de incidente previo a la decisión de dicho recurso, sino propio de él, como cargo basado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. (Casación Civil, septiembre 25 de 1961. Tomo XCVII, pág. 89, 2ª).

47

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Error de derecho).

Al señalar la sentencia recurrida la pena máxima de veinticuatro (24) años de presidio se incurrió en error de derecho, al dejar de tomar en cuenta el mandato contenido en el artículo 39 del Código Penal, sobre aplicación del máximo de la sanción "sólo cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad...", habida consideración de que en favor del procesado obra la circunstancia de menor peligrosidad indicada en el ordinal 1º del artículo 38 de la misma obra: su buena conducta anterior. (Casación Penal, noviembre 4/61. Tomo XCVII, pág. 437, 2ª).

48

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

(Fundamentos presentados por el apoderado).

Los fundamentos que el señor apoderado presenta para defender la causal 1ª, y que tienen su asiento en los traídos para la segunda, no encuentran demostración procesal. Para la calificación del homicidio como asesinato, la confesión es plena prueba de las circunstancias que rodearon el hecho, y nada hay que quepa oponer a las revelaciones del acusado acerca de la manera empleada para su comisión. (Casación Penal, septiembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 342, 1ª).

49

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(Aspectos que el demandante tiene que demostrar cuando acude a esta causal).

Cuando el demandante acude a la causal segunda tiene que demostrar, racional y jurídicamente, que el fallo que se acusa descansa sobre presupuestos probatorios, que de manera torpe, indebida o errónea son apreciados en la sentencia, siendo ostensible o protuberante que los hechos constitutivos de la infracción, modificativos de ésta, o los que determinan o influyen en la responsabilidad no tuvieron la interpretación que les correspondía. (Casación Penal, septiembre 15/61. Tomo XCVII, pág. 341, 2ª).

50

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(Errada interpretación o apreciación de los hechos).

En numerosas oportunidades ha expresado esta Sala que sólo en aquellos casos en que el demandante, con apoyo en la causal segunda de casación, demuestra que en el fallo acusado se incurrió en el manifiesto u ostensible error de dar por establecido un hecho que no sucedió, o de negar el que sí acaeció, o de no estimar otro u otros que se hallan plenamente acreditados en el proceso, o de no valorar los elementos de juicio conforme a la

ley, puede la Corte invalidar la sentencia objeto del recurso y proferir la que deba reemplazarla.

Si lo que el actor pretendía era controvertir la prueba con respecto a la identidad física de la víctima, lo cual presupone una errada interpretación o apreciación de los hechos, el cargo debió alegarse y sustentarse a través de la causal segunda de casación, y no con fundamento en la primera. (Casación Penal, noviembre 15/61. Tomo XCVII, pág. 494, 1ª y 2ª).

51

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(Su alcance).

La causal segunda de casación hay que interpretarla en forma que no traspase los fines y naturaleza especiales de este recurso extraordinario. Esta Sala, en relación con el alcance de esta causal, ha dicho que ella "se refiere al yerro extremo y, evidente en materia probatoria, cometido por el Tribunal al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió, o al admitir que se realizó pero de modo distinto de la verdad.

"En el primer caso se crea lo que no ha acontecido; en el segundo se desconoce lo existente, y en el tercero se muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o sobre un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

"Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues, de lo contrario, se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia; y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal para formar su criterio jurídico, sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto". (Casación del 21 de abril de 1955, G. J. No. 2112). (Casación Penal, septiembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 301, 1ª y 2ª).

52

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL

(Consonancia entre el veredicto y la sentencia).

El Jurado reconoció en su veredicto la influencia a que estuvieron sometidos los procesados, sin que pueda entenderse que con ello se propusiera modificar la responsabilidad de los acusados, sacándolos de la órbita del artículo 19 del Código Penal, donde fueron colocados conforme a los cuestionarios, acordes con el auto de proceder, para situarlos, como se pretende en la demanda, dentro de la esfera del artículo 20 de la misma obra, hecho que para ser aceptado requeriría, como condición indispensable, que se demostrase, en primer término, que en la expedición de su veredicto desconoció la realidad del proceso, luego que, contra toda lógica y sentido racional, a tiempo que afirmaba la responsabilidad de los acusados como cómplices necesarios en la consumación del delito, les negaba esa calidad, y, por último, que el verbo influír, en su lato significado y aplicación, la más general que conoce el idioma, es equivalente a determinar o, como lo insinúa el señor Procurador, a coaccionar, nada de lo cual aparece siquiera intentado a lo largo del escrito de impugnación.

En estos términos, no apareciendo que el veredicto del Jurado hubiera fijado la responsabilidad del reo en condiciones distintas a como fue planteada en los cuestionarios, es decir, como cómplice necesario del autor del asesinato, lógicamente se concluye en que la causal 3ª de casación, que se invoca como

principal, no prospera. (Casación Penal, septiembre 12/61. Tomo XCVII, págs. 313 y 314, 2ª y 1ª).

53

CAUSAL 5ª DE CASACION PENAL

(Qué es menester para que se admita como probada esta causal).

La sentencia impugnada, en realidad, es deficiente en su desarrollo formal, pero no hasta el punto de que en ella no aparezcan determinados los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se tuvieron como probados, en qué circunstancias se produjeron y quién fue su autor, en estos términos, como es racional, no puede prosperar el cargo que se le hace con invocación de la causal 5ª, de acuerdo con la reiterada doctrina de la Corte, cuyo tenor es el siguiente:

"Para que la causal 5ª de casación se admita como probada, es menester que no se diga en la sentencia cuáles son los hechos principales o accesorios que influyen en la calificación del hecho y de la responsabilidad de su autor y, consecuencialmente, en la aplicación de las penas, porque es necesario, y la ley lo exige, que el Estado le diga al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijarle sanciones. Pero, como es obvio, la mera deficiencia formal en la exposición que no produzca siquiera duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias, aunque criticable, no puede dar lugar a la invalidación de un fallo". (Cas., 11 febrero 1946, LX, 171). (Casación Penal, octubre 6/61. Tomo XCVII, pág. 395, 1ª).

54

CAUSAL 5ª DE CASACION PENAL

(Cuándo puede prosperar).

Para estimar infundada la causal quinta, basta recordar que el fallo acusado contiene, en substancia, una estructura lógica: se determinaron los hechos que dieron origen a la investigación, se analizaron las pruebas, y se expusieron las razones por las cuales los elementos de convicción conducían a demostrar la responsabilidad penal del acusado. Hay, pues, en el fondo una coherencia interna, que es lo fundamental. Por ello ha dicho la Corte sobre la materia:

"La ley exige que toda sentencia se informe en los postulados que se dejan enunciados (aquellos a que se acaba de aludir), porque ellos son esenciales y constituyen el fundamento o norma a los cuales deben las sentencias; pero el empleo estricto y riguroso de formas externas o palabras indicadas en la ley como de contenido aparente, no sustancial, que se omiten en la sentencia, no da base para invalidar un fallo por ausencia de estas formalidades, pues el espíritu de la ley no se encuentra en la forma externa de las palabras sino en los principios que informan cada disposición penal". (Sentencias de 5 de marzo de 1947, LXII; 6 de octubre, 1948, LXV, 118; 19 de octubre, 1950, LXVIII, 321; 11 de diciembre, 1951, LXX, 917; 25 de julio, 1952, LXXII, 710). (Casación Penal, noviembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 489, 2ª).

55

CAUSAL 1ª DE CASACION LABORAL

(Violación de preceptos sustantivos y no simplemente procesales).

El recurrente señala como violado por la sentencia acusada el Decreto 456 de 1956 "por el cual se facilita el cobro de honorarios y otras remuneraciones de carácter privado". Aunque ninguna consideración hace al desarrollar el cargo sobre la manera como el juzgador pudo haber violado esa norma, pues sólo en el capítulo denominado "alcance de la impugnación", consigna algunas razones de las que movieron al Gobierno a expedir ese Decreto, la Sala, en esta oportunidad, reitera lo que sobre este punto dijo en sentencia de 31 de

mayo de 1960 (G. J., T. XCII), que a continuación se transcribe, por ser aplicable a la cuestión jurídica debatida en el presente juicio:

"El Decreto 456 de 1956, en su artículo 1º, regula estas materias: a) La jurisdicción; b) La competencia, y c) El trámite, tanto para el juicio de conocimiento sobre declaración de obligaciones derivadas de servicios personales independientes, como el de ejecución de las mismas.

"El precepto sustrae de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada para atribuírlo a la justicia del trabajo, y al mismo tiempo señala la vía ordinaria laboral para la decisión del proceso de cognición y del procedimiento del juicio ejecutivo del trabajo para su cumplimiento.

"Según los términos de la disposición del Decreto, sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. Por consiguiente, la relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente.

"La norma del artículo 1º del Decreto es de naturaleza procesal, y la casación sólo es viable cuando la sentencia sujeta al recurso viola preceptos sustantivos, esto es, los que tienen por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, según el común sentir de la doctrina". (Sala de Casación Laboral, 6 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 570, 2ª y 571, 1ª).

56

CAUSALES DE CASACION

(Ninguna de éstas establece la infirmación del fallo de instancia porque el Tribunal "desconoce la jurisprudencia uniforme" de la Corte).

Ninguna de las causales de casación establece que pueda infirmarse la sentencia de instancia porque el Tribunal "desconoce la jurisprudencia uniforme" de la Corte, pues dicha jurisprudencia si es doctrina probable, en ningún caso tiene fuerza de ley, y el recurso extraordinario, en principio, encuentra su razón de ser, primordialmente, en la defensa de la ley. (Casación Civil, septiembre 7 de 1961. Tomo XCVII, pág. 55, 1ª).

57

CAUSALES 3ª Y 1ª DE CASACION

Respecto de la causal primera, invocada como subsidiaria de la tercera, apenas cabe observar que no prosperando ésta, según se dejó sentado, tampoco aquélla puede tener éxito precisamente porque en esas condiciones no aparece violación del artículo 19 del Código Penal, por indebida aplicación, ni del artículo 20 de la misma obra, por falta de aplicación. (Casación Penal, septiembre 12/61. Tomo XCVII, pág. 314, 1ª).

58

CLASIFICACION DE LAS ACCIONES

(Distintos sentidos que admite la palabra "acción").

Para evitar confusiones, es menester hacer la clasificación necesaria de las varias acepciones de la palabra "acción". En primer término, y en sentido propio, la acción atañe a la facultad o pretensión sustancial del actor, en armonía con la norma material pertinente, invocada como fundamento del derecho debatido o incierto, como cuando se deduce en juicio la acción de reivindicación, de nulidad, de petición de herencia, de filiación, de oposición a la propuesta de contrato para explorar y explotar el subsuelo petrolífero de una región determinada, etc.

Respecto de la finalidad perseguida, las acciones, lo mismo que las sentencias, pueden ser declarativas, constitutivas o de condena, según que, en los juicios de cognición, el ac-

tor se proponga dar seguridad o certeza a un derecho incierto o debatido; o bien modificar una situación jurídica preexistente, para sustituírla por otra, generalmente; o, en fin, obtener un ordenamiento imperativo que ponga al demandado en la necesidad de cumplir con la prestación debida.

Estas acciones pueden ejercitarse, mediante el fenómeno de la acumulación objetiva, en la misma demanda, en forma de consecuentes o sucesivas; y así, en la acción de reivindicación, declarada expresa o tácitamente la propiedad del predio, el demandado será condenado a restituír la posesión material de él, como también al pago de los frutos como poseedor de mala fe, en su caso, si lo suplica el actor, que no tiene el deber o la carga procesal de hacerlo, porque puede prescindir de la condena sobre frutos o reservarla para otro juicio, según nuestra legislación procesal.

Por último, en forma completamente impropia, se habla también de acción ordinaria o especial, para hacer alusión al procedimiento o vía, en la cual debe ejercitarse la acción sustancial; y en este caso, por ejemplo, la acción de petición de herencia se denominaría ordinaria, a la vez que las de lanzamiento, nulidad o divorcio del matrimonio civil, de servidumbre, etc., se clasificarían como especiales, con fundamento en la circunstancia puramente accidental y extrínseca del procedimiento señalado para su ejercicio. (Sala de Negocios Generales, 16 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 745, 1ª y 2ª).

59

CLAUSULA PENAL

(Acumulación excepcional de la pena civil con la indemnización de perjuicios).

El ordenamiento del artículo 1600 del Código Civil, corresponde al pensamiento rector de la ley en la materia, según el cual la cláusula penal es una liquidación anticipada de perjuicios hecha convencionalmente, aunque se ignore de antemano cuál haya de ser el daño real. Por ello, el acreedor no puede, en principio, acumular la pena con la indemnización de perjuicios.

El hecho de que el artículo 1594, ibídem, permita que se acumule el cumplimiento de la obligación principal con la pena, cuando aparezca haberse estipulado ésta por el simple retardo, no significa que, además de ello, pueda exigirse por el acreedor la indemnización de perjuicios, extremo este último no contemplado en el dicho artículo 1594. La posibilidad de esta acumulación integral está regida a modo de excepción por el artículo 1600, para el caso de que así se haya estipulado expresamente. (Casación Civil, octubre 31 de 1961. Tomo XCVII, pág. 150, 1ª y 2ª).

60

COADYUVANCIA ADHESIVA

(En juicios en que se discute el carácter de adjudicable o contratable de una mina).

En este litigio se discute, directamente, entre el Estado y los demandados, si la mina de oro en aluvión de que aquí se trata, tiene el carácter de adjudicable o de contratable, según la ley. Si la dicha mina debe considerarse como contratable, o sea que afecta la zona reservada por el Estado, los derechos de la coadyuvante también resultan, indirectamente, afectados en forma favorable, pues en tal supuesto podrá, en primer término, oponerse a la propuésta de contrato como propietaria del subsuelo; en segundo lugar, como propietaria del suelo, demandar la preferencia en la celebración del contrato; y por último, oponerse a la celebración de todo contrato, según lo previsto en el artículo 4º, inciso 4º de la Ley 13 de 1937. El interés, pues, de la coadyuvante no solamente es jurídico, sino patrimonial también, lo cual justifica su intervención en este proceso, promovido por la Nación a iniciativa de ella.

En el supuesto de que la mina en cuestión se declarara como adjudicable, la coadyuvante no tendría oportunidad de hacer valer los derechos antes enumerados, que son distintos y de una categoría superior a la subsidiaria facultad de hacerse indemnizar los perjuicios causados por la explotación de la mina de aluvión referida, según las normas trazadas en el Código de Minas; luego sí es admisible, en el presente caso, la coadyuvancia adhesiva impugnada por los demandados. (Sala de Negocios Generales, 22 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 754, 1ª y 2ª).

61

COADYUVANCIA ADHESIVA

(Naturaleza de esta figura jurídica).

El artículo 233 del Código Judicial, único sobre la materia de la coadyuvancia adhesiva, en forma bastante imprecisa dispone: "Todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

Ante la falta de precisión de la disposición legal, como de las opuestas opiniones surgidas por la misma causa, debe intentarse esclarecer el concepto, ocurriendo a la doctrina de tratadistas; y así, el profesor alemán Alfredo Schönke dice: "**Intervención adhesiva es la participación de un tercero en un litigio pendiente entre otras personas, en apoyo de una de ellas, en cuyo éxito tiene un interés jurídico**". (Pág. 99, Derecho Procesal Civil).

El primer concepto que se destaca en la definición es el de **tercero,** el cual conlleva la exclusión de que el interviniente adhesivo sea **parte** en el litigio, porque son dos términos contradictorios en función con la misma relación jurídica principal u objeto del litigio; y si no es parte, tampoco debe afirmarse que la sentencia le perjudique o le aproveche, en la forma definida en los artículos 474 y siguientes del Código Judicial, que presupone, entre otros requisitos, el de "que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes"; por consiguiente, si quien coadyuva en un juicio, en favor del actor o del demandado, debe ser un tercero, obviamente se deduce que el respectivo fallo no puede perjudicarle bajo el aspecto de cosa juzgada, sino más bien como una prueba, que afecta a una relación jurídica colateral, vinculada indirectamente a la que es objeto del litigio entre las partes.

El interés legal a que se refiere el artículo 233 del Código Judicial distinto, como se ha dicho, al previsto en los artículos 474 y siguientes del mismo Código, debe hallarse en las disposiciones sustanciales que regulan la materia; así, por ejemplo, se destaca el interés del tercero en el caso previsto en el artículo 1º de la Ley 120 de 1928, que confiere acción indirecta a los acreedores y a cualquier otra persona "que tenga interés en hacer valer la prescripción, podrá utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario". Por tanto, si el deudor es demandado por la reivindicación de un inmueble, el acreedor podrá intervenir en el respectivo litigio para alegar la excepción de prescripción, aun contra la voluntad del deudor demandado, o sea el fallo que se dicte contra el deudor puede aprovecharle o perjudicarle al acreedor según las normas generales (artículo 2488 del Código Civil). Por tanto, llegado el caso, el acreedor podrá intervenir en el juicio seguido contra su deudor, porque en forma colateral o indirecta el resultado del litigio afectará a la relación jurídica que tiene con el deudor, según el artículo 2488 y demás disposiciones concordantes del Código Civil.

Los derechos conferidos por los artículos 1451, 2023, 2026, 2120, 2122, etc., del Código Civil, a los acreedores del heredero o legatario, del arrendatario o socio presupone la facultad de intervenir en el litigio o juicio respectivo, como en el de sucesión, que en algunos de los dichos casos puede llegar hasta a la sustitución de la parte coadyuvada.

En la acción de saneamiento (artículos 1895 a 1901 del Código Civil) el vendedor tiene derecho a intervenir en el juicio promovido contra el comprador por causa anterior a la venta; "pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos" (artículo 1901 del Código Civil).

En las propuestas de contrato, tanto en la Ley 85 de 1945 como en el Código de Petróleos se autoriza al proponente para coadyuvar la causa de la Nación, cuando el propietario del suelo disputa el dominio del subsuelo al Estado; porque en forma indirecta, los derechos del proponente resultarán afectados, favorable o desfavorablemente, por lo menos en teoría, con una sentencia favorable o adversa a los intereses del Estado, en virtud de la proyectada relación contractual o del contrato perfeccionado, según fuere el caso. (Sala de Negocios Generales, 22 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 753, 1ª y 2ª, y pág. 754, 1ª).

62

CONFESION

(Su mérito).

El mérito de la confesión, analizado con ponderación y sindéresis por las instancias frente a los artículos 255, 359, 360 y 363 del Código de Procedimiento Penal, no es fácil desvirtuarlo con afirmaciones gratuitas, sin la presencia de otras pruebas que la tornen sospechosa, simulada o que permitan estimarla como el resultado de la coacción, del engaño u otro medio cualquiera de los que la ley contempla para dejar sin valor la confesión del acusado. (Casación Penal, septiembre 15/61. Tomo XCVII, pág. 341, 2ª).

63

CONFESION EXTRAJUDICIAL

(Condiciones para la equivalencia de ésta, hecha ante Juez no competente, al principio de prueba por escrito).

La confesión extrajudicial hecha ante Juez no competente, por la naturaleza del negocio, excluye la duda sobre la confesión misma, y puede llegar hasta tener el carácter de plena prueba, a juicio del Juez, o puede considerarse como equivalente al principio de prueba por escrito, si se completa por otros medios reconocidos por la ley; pero, por la confesión extrajudicial producida en otras circunstancias no pueden concretarse obligaciones que la ley prohibe establecer por prueba testimonial.

De admitir que con la prueba de testigos puede fijarse la confesión extrajudicial, habría que concluír su idoneidad con relación al principio de prueba por escrito proveniente del obligado. No sería lógico, ni la interpretación doctrinal armónica, si para un caso, el de la confesión extrajudicial, se acepta la prueba oral de testigos, y para el otro, el del principio de prueba por escrito, esa prueba no sea pertinente. En este último supuesto se ve muy claramete la imposibilidad de aceptarla, pues el principio de prueba por escrito ha de examinarse en su contenido material para saber si proviene del obligado y si hace verosímil el hecho litigioso, lo cual sólo se lograría con la aducción al juicio de lo que la ley entiende por principio de prueba por escrito. Si éste no se presenta, huelga la prueba testimonial que aquella presencia supone y subordina. Se ve entonces cómo la prueba testimonial no podría aseverar el principio de prueba y, por tanto, tampoco la declaración confesoria extrajudicial, porque aun a riesgo de repetir, no habría por qué rechazarla en un caso y aceptarla en otro. (Casación Civil, octubre 5 de 1961. Tomo XCVII, pág. 108, 1ª y 2ª).

64

CONFESION EXTRAJUDICIAL

(Mérito probatorio de ésta para demostrar la simulación de actos solemnes o mayores de quinientos pesos).

Puede la confesión extrajudicial tener hasta mérito de plena prueba para demostrar la simulación de actos solemnes o mayores de

quinientos pesos, si para establecerla no se recurre a medios que la ley inhabilita para acreditar la obligación misma, porque por semejante camino se daría por bueno lo que la ley busca prohibir. Sería infringir el ordenamiento que no admite la prueba testifical para acreditar obligaciones de las dichas, y admitirla para demostrar la declaración confesoria extrajudicial que probaría ese mismo hecho. (Casación Civil, octubre 5 de 1961. Tomo XCVII, pág. 108, 1ª).

65

CONFESION EXTRAJUDICIAL

(Poder discrecional del sentenciador en la apreciación).

El texto del artículo 608 del Código Judicial deja al "juicio del Juez" la apreciación de la confesión extrajudicial. La Corte no puede reemplazar o corregir esa valoración en sí misma, puesto que se trata de la convicción del sentenciador, salvo error evidente de hecho o el error de derecho; pero no es posible el error de derecho cuando el juzgador, con apoyo en la norma respectiva, niega el valor de la prueba, por falta de idoneidad en el medio que la acredita. (Casación Civil, octubre 5 de 1961. Tomo XCVII, pág. 108, 2ª).

66

CONTRABANDO

El Decreto 1228 de 1959 no conlleva la virtud de un estatuto represivo, como pretende sostenerlo el demandante. Los procesados en el caso de autos fueron condenados por hechos delictuosos previstos y sancionados por normas represivas preexistentes a esos mismos hechos. Por tanto, no era aplicable, en tal evento, al susodicho Decreto 1228, que sólo buscó **prevenir, evitar, estorbar o impedir el contrabando.** Y no siendo aplicable, es apenas lógico que la nulidad planteada en la demanda, con apoyo en disposiciones del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 26 de la Carta, no puede prosperar. (Casación Penal, septiembre 12/61. Tomo XCVII, pág. 325, 2ª).

67

COOPERADOR NO NECESARIO

(El factor intencional es el que le da el carácter de copartícipe de la infracción).

El cooperador no necesario, aunque desarrolla una actividad secundaria y accesoria en relación con el autor material o inmediato del delito, es lo cierto que tanto éste como aquél, obra con unidad de intención, lo cual supone identidad de dolo jurídico y específico, pues el factor intencional es el que le da al cooperador el carácter de copartícipe de la infracción penal. (Casación Penal, septiembre 12 de 1961. Tomo XCVII, pág. 334, 1ª).

68

COPIAS IRREGULARMENTE EXPEDIDAS

(Las compulsadas sin orden del Juez carecen de valor probatorio).

Tanto en los juicios que están en curso como en los que se hallan terminados, la orden de expedir las copias debe darla el Juez, mas no el Secretario que no tiene atribución alguna para decidir sobre si deben expedirse o no; si con citación de la contraparte, en relación con la solicitud hecha por una de ellas, o de ambas partes, en el caso de que la petición la hiciera un tercero; y en todos estos eventos decidir si deben agregarse las piezas indicadas por la parte o las partes, según el caso.

El artículo 361 del Código Judicial, para los juicios en curso no puede dejar duda alguna al respecto, porque terminantemente dispone:

"Los Jueces que sustancian un juicio pueden ordenar la expedición y entrega de las

copias que se soliciten, ya de todo el proceso o de parte de él..."; por tanto, la facultad para ordenar la expedición de las copias corresponde al Juez; pero no a los secretarios, cuya intervención está limitada a la parte mecánica de los procesos; de ahí que el artículo 121 del Código Judicial enumere, no las facultades de los secretarios, sino sus deberes en sus 18 apartes; porque aun al rechazar los escritos irrespetuosos no lo hace **ad libitum** sino "consultando previamente, para evitar abusos y dificultades, al Juez o Magistrado respectivo".

El numeral 3º del artículo 121 ratifica lo dispuesto en el artículo 361 del Código Judicial, porque autoriza a los secretarios "para dar los testimonios y certificaciones que se soliciten, cuando lo prescriba la ley o lo prevenga el respectivo Juez"; de suerte, pues, que se requiere expresa autorización de la ley u orden del Juez.

El artículo 632 del Código Judicial dispone: "Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, **en lo referente al ejercicio de sus funciones;** las copias de tales documentos **expedidos formalmente** y autorizados por los Secretarios o empleados encargados de los archivos... (subraya la Sala).

En el caso concreto, la copia del auto sobre declaración de herederos fue expedida arbitrariamente por el Secretario del Juzgado, sin que mediara orden del Juez, a petición verbal del interesado y tomándose una atribución que no casa con "el ejercicio de sus funciones", ya que solamente al Juez le correspondía, según el artículo 361 del Código Judicial, impartir la orden de compulsar la copia requerida por el actor. Obtenida ésta en forma irregular, queda privada de valor probatorio y, por ende, sin demostración la calidad de heredero alegada por el actor para acreditar el interés jurídico de intervenir en el proceso. (Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 774, 1ª y 2ª).

69

CORRECCION DE LA DEMANDA

(Oportunidades procesales de corregirla. Corrección de la demanda y caducidad de la acción en juicios de petróleos).

Los vicios, defectos o deficiencias de la demanda, según su naturaleza, pueden enmendarse por orden del Juez, en el caso del artículo 738 del Código Judicial, respecto de los puramente formales, como la omisión del domicilio de alguna de las partes, aclaración sobre el nombre de éstas, clasificación y enumeración de los hechos, etc.; en todo caso, defectos o vicios que no inciden respecto del procedimiento o juicio en sí o de la acción o pretensión de la parte actora.

Si los defectos o vicios inciden en la acción procesal, el Juez puede rechazar la demanda, que el actor no podrá en tal caso corregir o enmendar, sino que, en virtud de un nuevo acto de postulación, debe presentar otro libelo, el cual, por regla general, debe admitirse, salvo que el ejercicio de la acción esté condicionado a un término de caducidad, como ocurre con la de oposición a la propuesta de contrato para la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, sujeta en cuanto a su ejercicio, al plazo previsto en el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956.

Si el Juez no hace uso de la facultad que le confiere el artículo 738 del Código Judicial porque considera, por ejemplo, que no le compete ordenar la enmienda oficiosa de la demanda, en vista de que el vicio o defecto atañe a la viabilidad de la acción procesal, el demandante puede proponer la excepción dilatoria procedente, según la clasificación hecha por el artículo 330 del Código Judicial, como la de inepta demanda, con fundamento en el numeral 1º del artículo 333, en armonía con el artículo 222, ambos del Código citado.

Si ni el Juez desecha la demanda ni la parte demandada propone la correspondiente excepción dilatoria, dentro del plazo legal, en tales condiciones, como un derecho procesal

adquirido, el actor puede ejercer la facultad que le concede el artículo 208 del Código Judicial, con las limitaciones previstas en la doctrina.

En fin, si durante el desarrollo del proceso no se ha puesto remedio a los vicios o defectos, en cuanto afectan a la acción procesal, el Juez debe abstenerse de dictar sentencia de fondo, para declararse inhibido por la falta del respectivo presupuesto procesal, como sería el de demanda en forma cuando no se ha determinado, por sus lindes, el inmueble objeto del litigio.

En este juicio de petróleos, como la demanda se presentó dentro del plazo legal, la cual se admitió mediante providencia que no fue objeto de reparo alguno, el fenómeno de la caducidad de la acción no se consumó; y por esto, **por existir una demanda en curso**, el actor está en capacidad de corregirla o enmendarla, como no ocurre lo mismo cuando ha sido desechada, porque no se puede corregir o enmendar lo que no existe. No puede, en consecuencia, accederse a declarar caducada la acción ejercitada por la parte actora. (Sala de Negocios Generales, 8 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 676, 1ª y 2ª).

7º

CORRETAJE

(El corredor es un comerciante. El corretaje, como tal, se rige por la ley comercial).

El recurrente afirma que la relación contractual que se presenta en el caso **sub judice** es la de corretaje civil, pero que, como esta figura jurídica no es materia de reglamentación en dicho Código, deben aplicarse las normas civiles referentes al mandato, al arrendamiento de servicios y confección de obra, que considera infringidas por la sentencia.

La Sala estima equivocadas esas apreciaciones del acusador. Es evidente que el Código Civil no contempla ni regula de manera específica la institución del corretaje. La razón de esta omisión es clara, por tratarse de una actividad profesional, mediante cuyo ejercicio se procura acercar a la oferta con la demanda; que se desempeña por agentes o corredores que secundan la actividad de los mercaderes a quienes ponen en contacto directo para la consumación de un negocio, por lo que su posición jurídica es la de verdaderos comerciantes. Además, la actuación autónoma de los corredores en la vida mercantil, el no investir carácter de mandatarios de ninguno de los contratantes, su falta de subordinación referente a las partes a quienes acercan, y el valor probatorio de los asientos de sus libros en las contiendas que puedan surgir entre los negociantes a quienes aproximan, son circunstancias también decisivas para arribar a la conclusión de que se trata de verdaderos comerciantes. De ahí que esta figura jurídica esté prevista y reglamentada en el Código de Comercio, que constituye el ordenamiento legal que rige de preferencia en los asuntos mercantiles, y que debe aplicarse exclusivamente siempre que se resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan, según las voces del artículo 1º de esta obra, en el que se dispone, además, que sólo en los casos que no haya previsto, y que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, se aplicarán las del Código Civil.

Ahora bien, las **operaciones de corretaje** son actos de comercio, según el numeral 13 del artículo 20 del Código de Comercio, y el artículo 66 de la misma obra, expresa que el oficio de corredor "se considera por ley como un ramo de comercio". Conforme al artículo 9º del mismo Código, "se reputan en derecho comerciantes todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esa industria, y de que trata el presente Código". Por lo que quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor, es comerciante. La actividad intermediadora no

se circunscribe a la sola esfera comercial, ya que invade también el campo de la contratación civil, como ocurre para el encargo de compra y venta de bienes inmuebles, en que el objeto de la intervención del corredor es de esa índole. En estos casos, no puede decirse que el corretaje deje de estar regido por la ley mercantil, toda vez que no hay reglamentación de la profesión de corredor en el Derecho común. Sea la negociación sobre cosas muebles o inmuebles, y cualquiera la calidad de las partes contratantes (civiles o comerciantes) el corretaje, como tal, será regido por ley comercial. Otra cosa bien distinta es que, respecto a los interesados que concluyen el negocio celebrado mediante la intervención del corredor, deba tenerse en cuenta la naturaleza civil o comercial del acto para regular sus efectos o para dirimir las controversias que entre éstos puedan presentarse. La intermediación siempre constituye acto de comercio y, por tanto, las normas sustanciales de naturaleza mercantil son aplicables a las cuestiones o controversias que se susciten entre el corredor y las partes y viceversa. Por el contrario, las controversias entre los contratantes se debatirán, conforme a la naturaleza del acto o negocio realizado.

Se ha dejado visto que el corretaje constituye un acto típico de comercio (ordinal 13 del artículo 20 del C. de Co.), y que, conforme a la previsión del artículo 9º, la reiteración en la ejecución de esos actos, de modo profesional, califica a quienes lo realizan a nombre propio, como verdaderos comerciantes, sujetos, por tanto, a la ley mercantil. Podría creerse que si la actividad del intermediador no es profesional, sino simplemente ocasional, por no ser reiterada ni constituír para el agente un medio de vida, no puede calificársele de comerciante, y menos aplicársele la ley mercantil. Empero, tal circunstancia no excluye la regulación por dicha ley al caso controvertido, por mandato expreso del artículo 10 del Código de Comercio, que preceptúa: "los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y a la jurisdicción del comercio".

Hasta el año de 1954 la Corte, Sala de Casación Civil, había sostenido la tesis jurisprudencial de que las disposiciones del Código de Comercio no eran aplicables a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles estaban fuera del campo del Derecho Mercantil. Empero, esa doctrina fue modificada por la misma Sala mediante sentencia de 6 de octubre de 1954, al decidir el recurso de casación interpuesto contra un fallo del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciado en juicio ordinario sobre el reconocimiento y pago de una comisión (**Gaceta Judicial**, Tomo LXXVIII, 854 ss).

En esa oportunidad la Sala, después de hacer un detenido estudio de la materia, con base en nuestra legislación mercantil y con apoyo en la doctrina de modernos y eminentes tratadistas de Derecho Comercial, fijó un nuevo criterio sobre tan importante punto, que esta Sala Laboral prohija y acoge en su integridad, como aplicable al caso en estudio.

En esa sentencia la Corte dijo lo siguiente:

"La doctrina moderna hoy no pone en duda el carácter mercantil de la intermediación en materia de propiedad raíz cuando ésta se ejercita por una persona que ordinaria y habitualmente se dedica a esta actividad. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor es comerciante, y aunque el objeto de su intermediación sea de índole civil, como la compra y venta de bienes inmuebles, la calidad personal del intermediario imprime comercialidad a sus propias operaciones, a más de que tal oficio está definido expresamente **como un ramo del comercio** (C. de Co., art. 66). Además el corredor facilita el cambio de bienes, la circulación de la riqueza. Por lo tanto, no hay por qué distinguir sobre la naturaleza civil o comercial del acto para el cual el corredor sirve de intermediario (V.

Gabriel Palma Rogers, 'Derecho Comercial', T. I, pág. 124; Lorenzo Mossa, 'Derecho Mercantil', T. I, pág. 73; Ch. Lyon-Caen et L. Reanult, 'Traité de Droit Commercial', T. I, No. 146, pág. 171; Emilio Langle y Rubio, obra citada, pág. 733".

En la misma providencia también se dijo:

"En resumen, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

"a) Toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio;

"b) El corredor, como simple intermediario, no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes, a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio;

"c) Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del intermediario;

"d) El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador (C. de Co., art. 88);

"e) El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil". (Sala de Casación Laboral, 6 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 571, 1ª y 2ª, y pág. 572, 1ª y 2ª).

71

COSTAS

(La condena a éstas por el Tribunal escapa al recurso de casación).

Doctrina constante de la Corte ha sido que la condenación en costas por el fallador de segunda instancia escapa al recurso de casación, por tratarse de una cuestión que no toca directamente con la controversia decidida en el pleito sino que es accesoria a ella, y que no tiene carácter sustantivo sino puramente adjetivo (T. XVII, pág. 165, LII, pág. 774, LXXVIII, pág. 51 y LXXXII, pág. 636). (Casación Civil, septiembre 6 de 1961. Tomo XCVII, pág. 48, 2ª).

72

CRITICA DEL TESTIMONIO

(Determinación que hace el testigo del lugar donde ocurrieron los hechos).

Factor importante para investigar la veracidad del testimonio contemplado expresamente por la ley (artículo 697 del Código Judicial), es la indicación del lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos que el testigo refiere. Tienen los hechos un ámbito espacial, que debe ser precisado por el declarante. Así, en el caso de autos, el señalado por la inspección judicial, de pleno valor probatorio, es distinto del que indica el testimonio. (Sala de Casación Laboral, 6 de diciembre de 1961 Tomo XCVII, pág. 634, 1ª).

73

CUERPO DEL DELITO

(Infracción de la ley penal sustantiva por no existir la prueba de aquél ni la de la responsabilidad).

Ninguno de los signos anatomopatológicos característicos y fundamentales descritos por

la generalidad de los expositores de Medicina Legal fueron observados al practicarse la necropsia en el caso **sub judice.**

Si el **corpus criminis** —como recordaba el eminente profesor Luis Rueda Concha— es la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión) con una definición de la ley penal, es razonable y jurídico concluír que no están demostrados a plenitud los elementos esenciales del homicidio por envenenamiento. En tales circunstancias, la Sala desatará el caso propuesto, teniendo presente las normas contenidas en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, y ejercitando las atribuciones que le confiere el artículo 570, letra a), de la citada obra. (Casación Penal, 27 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 371 y 372, 2ª y 1ª).

D

74

DECRETO 012 DE 1959

(Juicios cuyo trámite se adelantó con sujeción a este estatuto).

Ha dicho esta corporación en varios de sus últimos fallos de casación, recaídos en juicios cuyo trámite se adelantó con sujeción a las excepcionales normas del Decreto 0012 de 1959, que en procesos sometidos a éste, cuando se invoca la causal **segunda** de casación en cierta forma, por no haber auto de proceder ni intervención del Jurado, la Corte asume aspectos de Tribunal de Instancia al verse obligada, en muchos casos, al examen crítico y valorativo de los elementos de juicio apreciados por el sentenciador. Estas observaciones, que más han tenido por objeto poner de bulto los defectos y errores del Decreto, no suponen que a la Sala le sea permitido, dentro de la técnica del recurso, entrar a sustituír los fallos de instancia, sin consideración alguna del prudente y necesario arbitrio que los Jueces tienen en sus decisiones para estimar las pruebas, so pretexto de errada interpretación de los hechos. Porque para que la causal segunda de casación sea viable y prospere en negocios de la índole del que se debate, no basta oponer a un criterio de interpretación otro, con planteamientos de distintas hipótesis ajenas a la realidad procesal. (Casación Penal, septiembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 341, 1ª y 2ª).

75

DECRETO 014 DE 1955

(Deficiencias técnicas de este estatuto y diversas doctrinas a que ha dado lugar).

Las deficiencias técnicas del Decreto 014 de 1955 han originado doctrinas contradictorias, según las cuales la providencia por la cual se dispone la detención preventiva del procesado cabe ser tomada, o no, como equivalente al auto de proceder que regula el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. Y estos criterios disímiles explican los yerros, no imputables a dolo, en que puede incurrirse en el trámite de los negocios penales mediante el procedimiento señalado en el referido Decreto 014 de 1955.

Es lógico que cuando en la averiguación no resultan elementos de juicio distintos a los yerros procesales en que se ha incurrido, que demuestren el elemento subjetivo genérico del delito de abuso de autoridad en la hipótesis que reprime el artículo 171 del Código Penal, por lo menos la duda respecto de la existencia del dolo debe resolverse en favor de los sindicados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

Tampoco, como ya se observó, son las del Decreto 014 de 1955 "normas claras, expresas y terminantes...", respecto de las cuales no quepa posibilidad alguna de error en su interpretación, pues bien conocidas son las deficiencias técnicas de dicho estatuto y las doctrinas diversas a que ha dado lugar, par-

ticularmente en cuanto al alcance procesal del auto que dispone la detención preventiva dentro de este trámite especial. (Casación Penal, octubre 17/61. Tomo XCVII, pág, 398, 2ª).

76

DELITO

(Elementos).

Todo delito requiere un comportamiento típicamente antijurídico y culpable.

Sólo la conducta humana, de acción u omisión, que se acomode exactamente a una definición de la ley penal, es típica y consiguientemente antijurídica (salvo los casos de justificación del hecho). Mas, para que sea delictuosa, requiere, además, que el actor obre culpablemente, esto es, que su conducta sea cumplida con intención —dolo—, o con negligencia o imprudencia, sin querer el resultado dañoso —culpa—.

El Código Penal Colombiano desarrolla este criterio en sus artículos 11 y 12. Por tanto, es necesario para deducir responsabilidad penal contra alguien lo siguiente:

a) Que su comportamiento encuadre en una definición del Código Penal, esto es, que reúna las condiciones que tipifican un delito;

b) Que el hecho sea antijurídico. Por tanto, que no aparezca justificada la conducta, en razón de alguna de las circunstancia que eximen de responsabilidad o que permiten estimar el comportamiento como jurídico;

c) Que exista "una acción psíquica que oriente y guíe la acción física" (Ferri) —salvo lo previsto en el artículo 29 del Código Penal colombiano—, es decir, que se dé la culpabilidad: dolo o culpa.

El dolo es la orientación de la voluntad a un fin ilícito. Y en el caso de abuso de autoridad, se repite, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto, que perjudique a una persona o a una propiedad.

El tratadista Luis Carlos Pérez dice que "no radica solamente en la arbitrariedad o en la injusticia, sino en que, por uno u otro medio, se atente contra las personas o las propiedades". ("Derecho Penal Colombiano", Edit. "Temis", Bogotá, 1956. T. I, —parte especial—, p. 221). (Casación Penal, septiembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 291, 2ª).

77

DELITO

(Art. 12 del C. P. — Intencional o culposo).

El artículo 12 del Código Penal, dice que las infracciones cometidas por personas no comprendidas en el artículo 29 de la misma obra, "son intencionales o culposas", lo que quiere decir que el fundamento del dolo, en su carácter de elemento subjetivo del delito, según ese precepto, en donde se recogen los principios jurídicos al respecto, es la intención, término que incluso en su acepción gramatical, se confunde con propósito, ya que éste aparece definido en el Diccionario de la Real Academia, decimasexta edición, como "ánimo o **intención** de hacer o de no hacer una cosa". De otra parte, la verdad es que la equivalencia de los dos vocablos se recoge en el lenguaje ordinario de las gentes, las cuales lo entienden, aun en el campo de las no cultivadas, como sinónimos y así los aplican, hecho que es esencial en el tema de que se trata, puesto que las palabras de la ley, al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, "se entenderán en su sentido natural y obvio, **según el uso general de las mismas palabras**". Por lo demás, también es evidente que en la jurisprudencia se ha venido aceptando la misma sinonimia, y así puede citarse, por ejemplo, la siguiente:

"La intención —se puede decir— es el camino que la voluntad puede seguir hacia la realización de un fin determinado, que en la esfera del derecho penal puede constituír un daño para la sociedad. En estos casos existe

una correspondencia absoluta entre el **propósito o intención criminal** —elemento subjetivo del delito—, y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de norma penal, constituyen el delito en su acepción general".

Ahora, como aparece en las actas de la Comisión Redactora del Código, la división de las infracciones en intencionales y culposas se acogió teniendo en cuenta "que al hablar de intención se comprende también la voluntad del acto y su resultado", que es precisamente en lo que consiste el dolo dentro de la llamada **teoría de la voluntad**, contrapuesta a aquella otra que se designa como teoría de la representación, de las cuales se recogió la primera, donde se destaca la referencia a la voluntad de la acción del autor, como base para la estructura del dolo dentro del Código Penal. (Casación Penal, octubre 30 de 1961. Tomo XCVII, pág. 413, 1ª y 2ª).

78

DELITO

(Pruebas).

No basta afirmar en una providencia, que se ha cometido tal o cual infracción, y que ésta corresponde a tal título o capítulo del Código Penal. Sino que es menester acoplar los elementos probatorios recogidos dentro del proceso a las exigencias legales que le dan título al delito, porque de no adecuarse éstas a los elementos tipificadores del hecho, es imposible llegar a producir una sentencia condenatoria. (Casación Penal, diciembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 547, 1ª)

79

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

(Diferencia entre hurto y robo).

El conflicto jurídico entre el robo y el hurto ha procurado a la ciencia penal muy distintas interpretaciones. Hasta el punto de que algunos Códigos, sin duda con buen acuerdo, han prescindido de la denominación del robo para dar al hurto especiales circunstancias de agravación cuando se comete el ilícito en condiciones en que la fuerza o efracción producida a las personas o a las cosas, el lugar, el modo y el tiempo de ejecución, demuestran una especial modalidad del delincuente que escapa a las normas generales para entrar en un ámbito en el cual su peligrosidad no puede ser factor olvidado ni desconocido por la ley.

El delito cobra especial relieve cuando, como en el caso del estatuto colombiano, se diferencian en capítulos aparte las dos especies del género delitos contra la propiedad o el patrimonio, que parece ser la denominación más apropiada. Entonces, a las diferencias de criterio específico para distinguir una y otra infracción, se suma la forma como la ley lo reglamenta y distingue, no siempre técnica ni precisa, dando motivo por la ambigüedad que ello conduzca a diferentes criterios interpretativos y evaluaciones de la conducta del delincuente que no corresponden ni a la gravedad del ilícito ni a la peligrosidad que el sujeto exhibe y manifiesta con tal conducta delictiva. (Casación Penal, 3 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 376, 2ª).

80

DEMANDA DE CASACION

(Técnica).

No es lo mismo enunciar o plantear un cargo que demostrarlo. Es preciso demostrar que el Tribunal, al apreciar las pruebas en que los hechos se sustentan, erró de manera protuberante, atribuyéndole un valor de que carecen, o negándoles el que realmente tienen. Una simple diferencia de criterios en cuanto a la racional interpretación de los elementos de juicio no autoriza para invalidar una sentencia contra la cual se arguye

error de hecho, porque el sentenciador, dentro del sistema legal-moral imperante en el procedimiento penal colombiano, tiene un prudente y necesario arbitrio para estimar las pruebas. (Casación Penal, septiembre 12 de 1961. Tomo XCVII, pág. 329, 1ª y 2ª).

81

DEMANDA DE CASACION

(A la Corte le está vedado suplir los vacíos de que adolezca el libelo).

En reiteradas oportunidades ha expresado la Corte que siendo el objeto de la demanda de casación el fallo de segundo grado, este recurso extraordinario, en los casos en que conforme a la ley es pertinente, se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que ampara o protege aquel supremo acto jurisdiccional. Por ello al impugnador incumbe la obligación de combatir y destruír con razones jurídicas los fundamentos o considerandos en que el sentenciador que profirió la sentencia acusada se apoyó para llegar a determinadas conclusiones. Si, como es lógico, la sentencia materia del recurso debe ser fundada, no es menos cierto que la demanda también debe serlo. Si no lo es, a la Corte le está vedado suplir oficiosamente los vacíos o deficiencias de que el libelo adolezca, porque, como lo ha repetido esta Sala en numerosas ocasiones, existen notables diferencias entre el especialísimo recurso de casación, y una tercera instancia. (Casación Penal, septiembre 12 de 1961. Tomo XCVII, pág. 329, 2ª).

82

DERECHO DE ACCION

(Distinción entre el desconocimiento del derecho de acción y el rechazo de la pretensión).

Cuando la sentencia es absolutoria del demandado, no se puede sostener que le desconozca al actor el derecho de acción. Este es el derecho a la jurisdicción, esto es, el poder de provocar una decisión sobre la relación jurídica que con su demanda le propone el actor. En este sentido se dice por algunos doctrinantes que la acción tiene al Estado como destinatario. Otra cosa es la acción como pretensión, dirigida, no ya contra el Estado, sino contra el adversario. La sentencia puede estimarla o desestimarla: en ambos casos cumple su oficio. Pero en el supuesto de que absuelva al demandado, de allí no se sigue que le niegue al actor el derecho de acción, sino únicamente el rechazo de su pretensión. (Sala de Casación Laboral, 29 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 584, 1ª).

83

DERECHO DE DEFENSA DEL SINDICADO

(Yerros de procedimiento).

Es indudable que los yerros de procedimiento en que se ha incurrido en este proceso afectan el derecho de defensa del sindicado como que en ningún momento tuvo seguridad alguna de los cargos porque se le juzgaba en las instancias: primero se le detuvo preventivamente por abuso de confianza; luego el Tribunal Superior de Pereira señaló que el delito que le era imputable era el de falsedad en documentos, al revisar el auto de excarcelación precautelativa. Posteriormente fue condenado por el **a quo**, por esta última infracción penal; y, por último, el **ad quem** lo condenó por abuso de confianza. (Casación Penal, noviembre 2 de 1961. Tomo XCVII, pág. 424, 2ª).

84

DERECHO DE HERENCIA

(Vinculado a cuerpo cierto, como objeto lícito de compraventa).

El derecho de herencia es objeto lícito de compraventa, y por la jurisprudencia está

admitido que puede cederse con vinculación a determinadas cosas hereditarias. Es así como si al cedente se le atribuyen en la partición precisamente los bienes a que vinculó en la venta el derecho hereditario, la adjudicación no hace otra cosa que perfeccionar, no por tradición sino por sucesión, para la fecha de la muerte del causante, el derecho adquirido por el cesionario. De otra manera habría de mirarse el contrato como venta de cosa ajena (1401, C. C.). (Casación Civil, octubre 5 de 1961. Tomo XCVII, pág. 115, 1ª).

85

DERECHO DE RETENCION

(Excluye el ánimo de dueño y no otorga los frutos).

Por su esencia el derecho de retención excluye el ánimo de dueño, del mismo modo que la buena fe posesoria, sin la cual no se predica en derecho la adquisición de los frutos percibidos. Es sencillamente porque entonces no hay relación posesoria sino apenas de tenencia, en garantía de quien está legalmente autorizado a conservar la cosa en su poder para seguridad del pago del crédito vinculado a su favor en razón del mismo objeto: **creditum cum re iunctum.** De donde es consecuencia natural que quien legalmente retiene haya de responder de los frutos cuando sea llegado el día de la restitución.

Sobre el particular puede verse la casación del 19 de diciembre de 1959 (XCI, 2217 a 2219. 908, 2ª).

Las tierras abiertas al cultivo son eminentemente fructíferas, así sea por el beneficio directo de los frutos naturales como por el indirecto de los frutos civiles expresados en dinero como precio de arrendamiento. Lo cual conduce a demostrar de plano: 1) que si el objeto de la retención consiste en terrenos cultivados, los frutos hubieron de producirse, salvo prueba en contrario allegada al juicio por quien ha tenido la cosa en su poder; 2) que a partir de la formación del vínculo jurídico procesal restitutorio, no es cuestión de prueba, puesto que por ley se deben los frutos, no sólo percibidos sino los que hubieran debido producirse con mediana inteligencia y actividad, aunque haya habido buena fe en quien debe restituír como consecuencia del fallo; 3) que no es inequitativa ni inadecuada en derecho la valoración líquida de los frutos naturales si se aprecia por la estimación de los cánones de arrendamiento que como frutos civiles se hubieran derivado del respectivo predio.

Tan razonable para calcular la utilidad de que estuvo privado el dueño es el criterio de medir el importe neto en dinero de los frutos naturalmente percibidos o que debieron percibirse en determinado negocio de campo, como el de estimar el precio corriente del arrendamiento que se hubiera pagado por esas tierras. Sólo que el disfrute directo o indirecto está a voluntad del dueño, y por ello hace uso de su derecho si pide que en las restituciones se decrete el pago de los frutos civiles en vez de los frutos naturales que debieron producirse con mediana inteligencia y actividad. (Casación Civil, noviembre 18 de 1961. Tomo XCVII, págs. 200, 1ª y 2ª, y 201, 1ª).

86

DICTAMEN PERICIAL

(Condiciones para que pueda desestimarse por la falta de pago de honorarios).

No sobra agregar, respecto del dictamen pericial, y en atención a que el señor Procurador solicita su desestimación por no aparecer cubiertos los honorarios de los avaluadores, que en concepto de la Corte, "anticientífico como es el precepto del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, no debe agravarse con una interpretación ceñida a los términos de sus cláusulas. La pena de ese artículo, antes de ser aplicada por el Juez, exige, por la magnitud de las consecuencias que conlleva, el apercibi-

miento o la conminación a la parte respectiva de que en el término que al efecto se le señale está obligada a efectuar la prestación del pago de los peritos y a presentar en el proceso la constancia del caso. Sólo así es posible considerar a la parte en mora y renuente a pagar el honorario pericial para los fines del citado artículo" (G. J. XLVII, 53). Y como en este proceso no hubo conminación o requerimiento a ninguna de las partes para el pago de los honorarios de los peritos avaluadores, no es el caso de aplicar la disposición arriba citada, sino que la peritación debe apreciarse por su valor legal. (Sala de Negocios Generarales, 14 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 787, 2ª, y pág. 788, 1ª).

87

DURACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Ineficacia de la estipulación de un término de duración que no se ajuste a lo permitido por la ley).

El contrato de trabajo celebrado entre las partes del presente litigio, consignado por escrito, dice en su cláusula 1ª: "El señor Domingo Pérez prestará sus servicios profesionales a los señores contratantes por el período de cuatro años, prorrogable a voluntad de ambas partes".

El trabajo comenzó a prestarse el 21 de agosto de 1956 y terminó el 31 de enero de 1957 por decisión del patrono. Negó éste, en la respuesta a la demanda, que la extinción del vínculo hubiera sido ilegal, pero en el proceso se demostró que no obedeció a una justa causa, hecho que en casación acepta el recurrente.

La cuestión jurídica debatida en el recurso al conocimiento de la Corte se reduce a investigar si es válida o ilegal la cláusula contractual transcrita anteriormente por el término máximo que la ley permite (dos años), como lo sostiene el Tribunal, o si por el contrario la estipulación debe estimarse ineficaz, tesis que propugna el recurrente.

Conforme al artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezca la legislación del trabajo, fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de las estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que la ineficacia se reconozca o declare judicialmente.

El contrato de trabajo, a término fijo, no puede ser inferior a cuatro meses ni exceder de dos años, sin perjuicio de su renovación indefinida. Así lo establece el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 2º del Decreto 617 de 1954.

Cuando el término de duración no haya sido estipulado o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio, el contrato se presume celebrado por términos sucesivos de seis en seis meses, según lo preceptuado en el artículo 47 del Código en cita.

Si una cláusula como la que se examina, no produce ningún efecto, debe ser considerada como inexistente o como no escrita. Borrada del contrato, queda éste sin estipulación sobre término de duración. Cuando así ocurre la ley dispone que la relación de trabajo rija por el plazo presuntivo, según el precepto del Código citado anteriormente.

Contempla el artículo 43 una excepción, y es la de que no obstante la imposibilidad de que la cláusula produzca efecto alguno, subsisten los derechos del trabajador por salarios y prestaciones legales por todo el tiempo de duración del servicio, si la labor ejecutada es lícita, hasta que la ineficacia de la estipulación haya sido reconocida o declarada judicialmente. Por consiguiente, todo se re-

duce a indagar cuál fue el tiempo servido, desde la fecha en que se inició y, en su caso, cuál es el tiempo faltante para completar el respectivo plazo presuntivo, con el fin de saber qué derechos corresponden al trabajador, para decretar los que sean procedentes, de acuerdo con las peticiones de la demanda y las pruebas del proceso. Interesa conocer, pues, el tiempo laborado, sea éste inferior o superior al límite legal o al plazo estipulado por las partes. En cualquiera de esas hipótesis, a pesar de la ineficacia de la cláusula, no sufren lesión alguna los derechos del trabajador. Procede siempre el reconocimiento de los que emanen del contrato, con sujeción al plazo presuntivo. En el caso **sub judice** ocurre que los servicios prestados por el empleado sólo tuvieron una duración de cinco meses, diez días. Luego, si era esa la situación procesal, el lucro cesante, sobre la base de que el contrato terminó por decisión ilegal del patrono, no podía abarcar sino los salarios por veinte días, tiempo faltante para completar el primer período del plazo presuntivo. Extender la condena por el tiempo que faltaba hasta completar dos años, dándole validez a la cláusula contractual por ese límite, como lo hace el Tribunal, envuelve errónea interpretación del artículo 43 e infracción de las demás normas que el cargo cita, por indebida aplicación.

Si la cláusula en examen es ilegal porque le fija al contrato cuatro años de duración, reducirlo a dos para acomodarlo a la ley, lleva a estos resultados: la suplantación de la voluntad de los contratantes, por una parte, y la sustitución de la voluntad del legislador, por otra, pues eliminada del contrato la estipulación ineficaz, no puede ser reemplazada por otra, ya que en tal evento aquél ha dispuesto que la convención se sujete al plazo presuntivo. La decisión del Tribunal, como bien lo observa el recurrente, conduce a la consecuencia de que cuando la ley dice que el pacto no producirá "ningún efecto", se entienda así: "**ningún efecto**, salvo los que resultarían de haberse pactado de acuerdo con la ley violada por la estipulación". No se presta el artículo 43 del Código para darle el entendimiento que le atribuye el Tribunal, como resulta de las anteriores consideraciones.

No sobra advertir que el Tribunal Supremo, en caso igual al presente, llegó a la conclusión de que la cláusula que estipule un plazo de duración superior al máximo legal, carece de validez o no produce ningún efecto. (Sentencia de casación de fecha 8 de febrero de 1955). Agrega el fallo: "En tal virtud, el vínculo de autos no puede considerarse de duración determinada, ni celebrada por los dos años expresados por el demandante, sino por tiempo indefinido, lo cual impone legalmente uno de seis meses, conforme al artículo 47 del estatuto". Esta Sala de la Corte mantiene esa doctrina, ajustada a las respectivas disposiciones legales. (Sala de Casación Laboral, 5 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 562, 2ª; pág. 563, 1ª y 2ª).

E

88

EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES

(Auto de detención).

Bien sabido es que ese embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado, cuando a éste se le imputa un delito reprimido con pena privativa de la libertad, sólo puede disponerse en el auto que ordene su detención preventiva o después de proferido ese auto de encarcelación.

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, al ordenar el embargo y secuestro preventivo de bienes de los señores Lacorazza Stella en el auto de 4 de agosto de 1959, incurrió en error, pues, de una parte, si entendía que el auto de detención preventiva, dentro del procedimiento del Decreto 014 de 1955, equivale al "auto de proceder" regulado en los artículos 429 a 434 del Código de Procedi-

miento Penal, ese auto no podía dictarlo (y efectivamente no lo profirió), pues pretermitía una instancia; mas como tales embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado sólo es pertinente dentro de la providencia que dispone la encarcelación preventiva o después de ordenada ésta (por tratarse de delito reprimido con pena privativa de la libertad), es lógico, entonces, que esa medida sobre los bienes de los sindicados no era viable ante el **ad quem.** Y, por otra parte, si apartándose de la jurisprudencia de esa entidad, de 4 de abril de 1956, consideró que el auto de detención preventiva no equivale, dentro de los trámites indicados en ese Decreto 014 de 1955, al "auto de proceder", entonces ha debido proferir, junto con el embargo y secuestro preventivos de bienes de los sindicados, la orden de detención precautelativa, pero una vez ejecutoriada la providencia en que declaró la nulidad del proceso, como ya se dejó examinado.

El artículo 316 del Código de Procedimiento Penal dispone que "las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación".

Como "efectos..." provenientes de la ejecución de un delito cabe entender las cosas sobre que recae la acción del delincuente, esto es, el objeto material de la infracción punible (cuando precisamente es este una cosa), como, por ejemplo, el bien mueble hurtado o el documento falsificado.

El artículo 702 del mismo Código señala que "las cosas secuestradas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 316, se mantendrán depositadas en cuanto sea necesario para los fines del proceso. Terminado el proceso, se entregarán a las autoridades correspondientes si se hubiere ordenado su confiscación; en caso contrario, se destinarán para el pago de las sumas que deba cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc.".

Es, entonces, lógico que estas disposiciones no se refieren a los bienes muebles e **inmuebles** de propiedad del sindicado, cuyo embargo y secuestro preventivos cabe disponer, de acuerdo con lo que indican los artículos 128 y 129 del Código de Procedimiento Penal, para asegurar el efectivo resarcimiento del daño privado causado por el delito. (Casación Penal, septiembre 7/61. Tomo XCVII, págs. 288 y 289, 1ª y 2ª, y 1ª).

89

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVO DE BIENES

(No se requiere que la persona imputada haya rendido indagatoria o se le haya emplazado).

Cabe anotar que la orden de embargo y secuestro preventivos de bienes no requiere que la persona imputada haya rendido indagatoria o se le haya emplazado, como no es menester lo anterior para que pueda ordenarse la detención preventiva del sindicado. (Casación Penal, octubre 17/61. Tomo XCVII, pág. 398, 2ª).

90

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

(Normas para hacerlo valer).

El Código Civil Colombiano no consagra en norma expresa como origen de obligaciones el enriquecimiento sin causa, a diferencia de legislaciones como la alemana, que en el artículo 812 del Código Civil, obliga a restituír toda adquisición realizada sin causa jurídica a costa de otra; la suiza, que coloca el enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones; la austriaca, la soviética y la japonesa que lo establecen en forma general.

La jurisprudencia francesa, a falta de dis-

posición legal, ha aplicado el principio del enriquecimiento injusto, fundado en la regla del Código Civil de que el Juez no puede abstenerse de fallar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, que es lo mismo que estatuye el artículo 48 de la Ley 153 de 1887.

Además de esta disposición, que sería suficiente para la aplicación del mismo principio, la jurisprudencia de la Corte en repetidos fallos ha sostenido que él encuentra fundamento suficiente en la equidad y en el artículo 8º de la citada Ley 153 de 1887, que ordena aplicar las reglas generales de derecho, cuando, a falta de ley exactamente aplicable al caso controvertido, no hay leyes que regulen casos o materias semejantes, ni doctrina constitucional.

Esas reglas generales de derecho se hallan así, por disposición expresa de la ley, erigidas en normas reguladoras de la vida jurídica. Entre esos principios o reglas generales de derecho, se halla el consabido **jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri lucupletiorem.** Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

Por consecuencia, de estar sancionados tales principios o reglas por ley expresa, o mejor, estando elevadas a la categoría de leyes positivas de carácter sustancial, las sentencias de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Superiores, pueden dar margen a que se reclame su enmienda por medio del recurso de casación, tanto por violación directa como indirecta e invocando no solamente el principio violado sino la correspondiente norma positiva que la respalde.

La Corte en sentencia de 12 de diciembre de 1955 a propósito de esta regla, dijo: "... Nunca se han admitido por el derecho figuras eficaces de donde puedan emanar obligaciones que no obedezcan a causa legítima; y a tal punto es respetado ese criterio jurídico fundamental, que su desconocimiento, sin necesidad de texto expreso, sirve de base para sustentar el recurso de casación ante la Corte, por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia del juzgamiento, o en último término por el quebranto de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil". (T. LXXXI. Nos. 2160-2161. pág. 729).

Pero tratándose del enriquecimiento sin causa, alegado como acción o como excepción, debe someterse a las normas que la jurisprudencia ha señalado para hacerlo valer. Entre ellas está la de que no tiene aplicación sino cuando la prestación reclamada no tiene origen en ningún contrato o cuasi contrato, ni en un delito o cuasi delito, ni en la ley, en razón de que es un medio subsidiario. (Casación Civil, octubre 27 de 1961. Tomo XCVII, pág. 143, 1ª y 2ª).

91

ENVENENAMIENTO

(Cuerpo del delito).

"Los criterios **esenciales** del envenenamiento son, pues, **el veneno, la propinación y la muerte.** De modo que para comprobar el **corpus criminis** en este delito, es necesario probar: 1º **la presencia del veneno** en el cadáver; 2º que ese veneno fue **propinado;** 3º que ese veneno fue la **causa de la muerte.** Es necesario por ello el concepto de los peritos, para 'establecer la presencia y la efectiva actividad del veneno, que si queda incierta, el hecho de condenar por envenenamiento sería lo mismo que jugar a los dados la cabeza de los hombres'. Añade que 'prevaleció la regla de que no es suficiente que las averiguaciones vuelvan **probable** la presencia y los efectos del veneno, sino que es necesario que una y otra cosa estén establecidos de **modo cierto**' (Programa, número 1176; los subrayados son del propio maestro Carrara)". (Casación Penal, septiembre 27/61. Tomo XCVII, pág. 357, 2ª).

92

ERROR ARITMETICO Y RECURSO DE CASACION

(Para la corrección de un error puramente aritmético no es viable el recurso de casación).

El segundo cargo acusa violación de los artículos 64 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho consistente en la falta de apreciación de la inspección ocular. Alega el recurrente que en virtud de la mencionada prueba quedó establecida claramente la fecha en que se inició la relación laboral y que de acuerdo con ella y con el sueldo que devengaba el trabajador, el fallo ha debido condenar a la empresa, por concepto de lucro cesante, a pagarle a aquél la suma de $ 3.330.00, en vez de $ 3.060.00, a que realmente la condenó.

Examinada cuidadosamente la sentencia acusada en lo referente al punto en estudio, la Sala concluye que no aparece evidente el error de hecho que el recurrente le imputa, pues todo indica que sí se tuvo en cuenta la fecha correcta, establecida en la inspección ocular. Mas parece, como lo sugiere el opositor, que se trata de un error puramente aritmético, para cuya corrección no es viable este recurso extraordinario de casación. (Sala de Casación Laboral, 18 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 654, 2ª, y pág. 655, 1ª).

93

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

La técnica del recurso exige que en la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, el recurrente señale concretamente el medio o los medios mal apreciados y que demuestre la existencia del yerro alegado (art. 520 del C. J.). (Casación Civil, noviembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 188, 2ª).

94

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

(No se pueden alegar, simultáneamente, en relación con un mismo medio de prueba).

No se compadece, en principio, con la índole del recurso, el alegar simultáneamente la incidencia de error de hecho y de derecho en la estimación de una prueba dada, pues si el juzgador incurre en yerro de hecho, ella cae inmediatamente por necesidad lógica, sin que tenga mérito para ser pesada en la balanza de los valores legales. Solamente cuando ha sido estimada según su presencia material en el juicio, podrá darse el error de derecho, si el sentenciador le dio o le desconoció valor demostrativo, en contradicción con la ley. (Casación Civil, septiembre 5 de 1961. Tomo XCVII, pág. 42, 1ª).

95

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

(Respecto de un mismo probatorio, no pueden alegarse simultáneamente).

Respecto de un mismo medio probatorio, no es posible el planteamiento simultáneo del cargo por error de hecho manifiesto y por error de derecho. Generalmente no pueden coexistir, se repelen. Si el fallador no vio la prueba es imposible el error de derecho; si la apreció, a menos que su contenido material lo vea de manera contraria a su propia evidencia, el error de hecho queda descartado. (Casación Civil, septiembre 7 de 1961. Tomo XCVII, pág. 55, 2ª).

96

ESCUELA NACIONAL DE AVIACION CIVIL COLOMBIANA

(Su naturaleza jurídica. Normas de competencia aplicables a los juicios civiles en que tenga parte este establecimiento público).

La Escuela Nacional Civil Colombiana fue creada por medio del Decreto extraordina-

rio número 2797 de 21 de septiembre de 1954 (incorporado hoy a la Ley 79 de 1960), cuyo artículo 1º dispone: "Créase una entidad denominada Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana (ENACC), que funcionará con las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, sujeta a sus propios estatutos, los cuales serán aprobados por el Gobierno". Las demás disposiciones del Decreto proveen a definir el objeto de la institución —"preparar el personal técnico para la aviación civil y propender por su fomento"—; a asegurar el funcionamiento de ella "con los elementos que se hayan adquirido con cargo a las partidas de fomento de la aviación, y con las partidas que figuren en el presupuesto para ese fin"; al establecimiento de la organización general mediante la determinación de los organismos administrativos superiores, y a la exención de toda clase de impuestos y derechos aduaneros para los elementos que importe. El artículo 6º prescribe: "La Escuela Nacional de Aviación Civil Colombiana como persona jurídica autónoma, tiene libre administración y disposición de sus fondos y bienes, y de las rentas que reciba, quedando sometida a la inspección fiscal de la Contraloría General de la República, por medio de la Auditoría Fiscal del Ministerio de Obras Públicas".

Es, pues, ciertamente, un establecimiento público, por su origen en la ley y su carácter oficial; por deber su organización al Estado y hallarse sometida a su vigilancia y fiscalización no solamente en lo que concierne a su funcionamiento, sino en lo financiero y económico; por estar dotada de personería jurídica y administrar autárquicamente un patrimonio que le ha sido asignado como propio, para el cumplimiento de sus fines; porque se propone la satisfacción de una necesidad de carácter general que en otra forma correspondería atender directamente al Estado. Es incuestionable, así, pues, que posee una capacidad jurídica que la autoriza para obrar en lo relativo a sus bienes independientemente del Estado, y por tanto, para comparecer en juicio como entidad autónoma, sin que para este efecto pueda confundírsela con aquél, por lo cual ha de concluírse que no le son aplicables a la citada Escuela Nacional de Aviación las normas de excepción que reglamentan la competencia en negocios civiles en que tiene parte la Nación sino que debe someterse a las ordinarias o comunes del Código Judicial. (Sala de Negocios Generales, 6 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 671, 2ª, y pág. 672, 2ª).

97

ESTABLECIMIENTO PUBLICO

(Ha de ser, no obstante su carácter público, una persona jurídica autónoma e independiente de la Administración).

La doctrina y la práctica administrativas admiten dos procedimientos para la prestación de los servicios públicos: el directo y el indirecto o del establecimiento público.

Hay lugar al primero cuando el servicio se presta por los órganos directos o inmediatos de la Administración, con cargo al Tesoro del Estado; al segundo, cuando la satisfacción de una necesidad general se encarga a una institución de origen estadual, pero que cumple su función con autonomía e independencia, y con medios económicos propios. Este último sistema se adopta cuando se trata de desarrollar funciones especializadas, de modo que constituye un procedimiento técnico para la prestación de ciertos servicios.

La institución que sirve de medio para la prestación del servicio o el desarrollo de la función social del Estado es de derecho público —establecimiento público— por su origen, por sus fines y por los medios de que se vale para satisfacerlos; pero debe ser persona jurídica autónoma e independiente frente a la Administración, y poseer un patrimonio propio, pues que así lo exige la tecnificación del servicio. "Los establecimientos públicos se forman por un proceso de disociación, por

desmembraciones del poder público —ha dicho León Blum—. Estos establecimientos son órganos desgarrados del cuerpo social gracias a la autonomía creciente conferida a los agentes que los cuidan. Son como piezas antes indisolublemente ligadas al poder central y a las cuales concede libertad de movimiento la sociedad moderna. Pero provienen siempre de una descentralización, de un movimiento centrífugo".

Esta última condición es la que caracteriza al procedimiento del establecimiento público y lo que por medio de él la Administración se propone alcanzar: la descentralización del servicio con el ánimo de tecnificarlo; y como toda descentralización supone, jurídicamente y con criterio de conveniencia, la creación de una persona de derecho independiente y autónoma, la de los servicios del Estado se manifiesta mediante la creación de organismos dotados de un patrimonio que administran libremente, reconociéndoles capacidad suficiente para disponer de él, y consiguientemente, para contratar y comparecer en juicio. El establecimiento público puede celebrar contratos aun con el Estado o la entidad de la cual es desmembración, lo que pone de relieve la distinción que la ley hace entre los dos. (Sala de Negocios Generales, 6 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 671, 2ª, y 672, 1ª).

98

ESTABLECIMIENTO PUBLICO

(No pueden acogerse al fuero especial que el Código Judicial reconoce a la Nación).

El artículo 76 del Código Judicial dispone que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia, entre otros negocios, "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40". Este artículo reserva a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte (hoy Sala de Negocios Generales), por vía de excepción, el conocimiento de las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación, aunque ésta haya transferido, en todo o en parte, sus derechos.

Ahora bien, la clara distinción que hay entre la personalidad moral del Estado y la de los institutos descentralizados, y la separación de los respectivos patrimonios, hacen que sea imposible confundirlos para efecto de la aplicación de las reglas sobre competencia, especialmente ante lo prescrito en el artículo 40 del Código Judicial que distingue inequívocamente, para ese efecto, entre la Nación y "cualquier entidad o persona", debiendo entenderse incluídas en éstas a las "personas" jurídicas o "entidades" autárquicas desmembradas del Estado. El fuero especial que los artículos 40 y 76 del Código Judicial reconocen a la Nación ha sido consagrado en consideración a la persona que es sujeto activo o pasivo de la acción, o sea, que es de carácter subjetivo por lo cual no pueden acogerse a él otros sujetos cuya personería para comparecer en juicio proviene de una personalidad y capacidad jurídicas distintas, como ocurre con los establecimientos públicos. Así como el fuero de que goza el Estado no puede considerarse extendido, sin disposición expresa de la ley, a las secciones en que éste se divide por virtud de la descentralización territorial, del mismo modo tampoco puede cobijar, sin norma particular que lo disponga, a las instituciones o establecimientos públicos a que da lugar la descentralización de servicios. (Sala de Negocios Generales, 6 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 671, 2ª, pág. 672, 1ª y 2ª).

99

ESTADO CIVIL

Las cuestiones de estado civil son de orden público, no dependen del querer de las partes, menos de un extraño en la litis, sino de los hechos presentados en la demanda debida-

mente comprobados y aceptados por el Juez en la respectiva sentencia. (Casación Civil, septiembre 25 de 1961. Tomo XCVII, pág. 89, 2ª).

100

ESTADO CIVIL DE UN EXTRANJERO

(Su prueba).

Si para las formalidades externas de los negocios jurídicos es comunmente admitido entre las naciones el principio de que se rigen por la ley local, **locus regit actum**, no ha de ser con razones de jerarquía inferior como ha de entenderse que el estado civil de un extranjero, no domiciliado y ni siquiera transeunte en Colombia, se establece y prueba por los medios valederos en conformidad con su ley nacional.

No hay base alguna plausible para pretender que personas completamente ajenas a la regulación de las leyes colombianas en materia de estado civil, hubieran podido producir las actas correspondientes de matrimonio y filiación legítima en la forma aquí exigida, con solo que para tales personas hubiera la posibilidad más o menos remota y siempre incierta de que algún día estuviesen en el caso de probar su estado civil en Colombia. Por ello el estado y su prueba se rigen para los extranjeros en conformidad con su ley nacional.

No obstante que las calidades constitutivas de estado deben constar en el registro civil, cuyas actas serán su prueba (347); aunque la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad (1760); y a pesar de que cuando la ley exige instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Colombia, no valen las escrituras privadas cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas (22), no puede sin embargo perderse de vista que tales previsiones de la ley versan sobre los instrumentos necesarios para la existencia jurídica en Colombia del acto o contrato respectivo, como requisitos **ad substantiam** o **ad solemnitatem**, pero no de la misma manera cuando se trata del estado civil de extranjeros del todo ajenos al registro colombiano. Porque, a más de lo que viene dicho, cabe añadir que el régimen probatorio del estado civil no es rígido sino flexible en Colombia, de tal suerte que la falta de los documentos notariales podrá suplirse, en caso necesario, y entre varios medios, por otros documentos auténticos, o por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trate (19, Ley 92 de 1938). (Casación Civil, noviembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 169, 1ª y 2ª).

101

ESTADOS DE ESPECIAL PELIGROSIDAD

(Hurto campestre).

La alusión que el artículo 28 del Decreto 290 de 1957 hace de los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955, no debe entenderse como una innecesaria definición de estados de especial peligrosidad ya previstos en estas últimas disposiciones, sino como el mandato de que los delitos de hurto y robo, la receptación y el hurto de cosas expuestas al público, así recaigan sobre bienes distintos al ganado mayor o menor, constituyen estados de especial peligrosidad, con tal de que los hechos ocurran "en propiedades r u r a l e s" (hurto y robo), o se cometan respecto de bienes que fueron objeto de estos delitos cometidos en propiedades rurales (receptación), y, aun cuando "no exista contra..." los procesados... "comprobación de antecedentes judiciales o policivos".

Si quien hizo las veces de legislador hubiese querido unificar el lapso de las medidas de seguridad, para cuando el agente no registra antecedentes judiciales o de policía, en los casos definidos en los artículos 19, 23 y 24

del Decreto 014 de 1955, así lo habría hecho expresando, por caso, que en los eventos señalados en tales artículos "los responsables serán condenados a colonia agrícola y penal, de 2 a 7 años" aun cuando no registren tales antecedentes.

El alcance de la norma comentada no es otro, pues, que el erigir en estado de especial peligrosidad el llamado en la doctrina **hurto campestre**, dentro del plan de unificar el sistema de represión policiva de los atentados contra el patrimonio económico, cuando tienen por objeto el ganado mayor o menor, las máquinas o instrumentos de labor agraria, o los productos separados del suelo y dejados en el campo. (Casación Penal, octubre 23/61. Tomo XCVII, pág. 404, 2ª).

102

ESTADOS DE ESPECIAL PELIGROSIDAD

(Hurto campestre. — Penas).

El artículo 28 del Decreto número 0290 de 1957 no define nuevos estados de especial peligrosidad, sino que alude a los artículos 19, 23 y 24 del Decreto 014 de 1955 sólo para unificar el lapso de colonia agrícola imponible en esos casos, cuando el agente no registra antecedentes delictivos o de policía, se tiene la consecuencia inaceptable de que mientras resulta aumentado el lapso de tal medida de seguridad para los eventos de hurto de ganado mayor o menor, hurto de cosas expuestas al público y receptación (el Decreto 0290 de 1957 indica un lapso de 2 a 7 años de colonia agrícola), al delito de robo de ganado mayor o menor, sólo le sería aplicable este mismo lapso sin embargo de que el Decreto 014 de 1955 indica uno de 3 a 12 años para cuando el agente no registra antecedentes delictivos o de policía.

De otra parte, el artículo 28 aludido habla de "hurto o robo en propiedades rurales" y de negociación "con artículos provenientes de tales delitos": no de hurto o robo de ganado mayor o menor, o de receptación que tenga por objeto estos semovientes. Luego el alcance lógico de la expresión "hurto o robo en propiedades rurales" es la de delitos de esta naturaleza, cometidos en el campo, así el objeto material de tales infracciones sean bienes diferentes del ganado mayor o menor. (Casación Penal, octubre 23/61. Tomo XCVII, pág. 404, 1ª y 2ª).

103

ESTAFA

(Artificio).

El conocido timo de "entierros" o guacas, llevado siempre a término contra personas ignaras y supersticiosas, exageradamente crédulas a las supercherías, no exige al estafador tratar de que la víctima haga entrega del dinero u otros bienes de inmediato. La manera de obrar varía según las circunstancias, pero en todo caso, en el momento preciso y escogido por el delincuente, el fruto de la defraudación lo obtiene, como por ejemplo —y ese es el caso debatido— sustituyendo un objeto por otro, o simulando que lo que se entrega al ofendido o queda en su poder, representa la fortuna del "entierro" o guaca. (Casación Penal, noviembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 470, 1ª y 2ª).

104

EXCEPCION DE COSA JUZGADA

(No hay ninguna norma procesal que prive de competencia al Juez para conocer de un negocio al cual se le pueda oponer tal medio defensivo).

No hay norma procesal ninguna que prive de competencia al Juez para conocer de un negocio al cual se le pueda oponer la excepción de cosa juzgada, pues ésta constituye una excepción perentoria, ya que el artículo 342 del Código Judicial, al permitir que tal

medio de defensa pueda alegarse en cualquiera de las instancias hasta la citación para sentencia, añade: "Con todo, las excepciones de cosa juzgada y de transacción pueden proponerse también como dilatorias y decidirse antes de la contestación de la demanda". Lo que significa que, si en el juicio no cabe la tramitación de excepción dilatoria como ocurre en el de separación de bienes, la litis debe seguirse hasta sentencia definitiva. (Casación Civil, noviembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 187, 1ª y 2ª).

105

EXEQUIBILIDAD

(De la parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960).

En desarrollo de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 19 de 1958, el Gobierno dictó el Decreto número 1713 de 18 de julio de 1960, cuyo artículo 1º reproduce la regla general de que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público y consagra varias excepciones a esta regla, entre ellas la señalada en el ordinal c), que en su parte final ha sido acusado de inexequible.

El mencionado artículo en lo pertinente es del siguiente tenor:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:

.....

c) Las que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos ($ 1.200.00) mensuales".

El demandante sostiene que es inexequible la segunda parte del ordinal c) del precepto transcrito "en cuanto hace incompatibles entre sí la pensión de jubilación y el sueldo asignado a un cargo público cuando su valor conjunto exceda de mil doscientos pesos".

Consagrada constitucionalmente la prohibición de recibir más de un sueldo o asignación proveniente del Tesoro Público, se dispuso primero por la Ley 29 de 1905 y más tarde por el Decreto número 136 de 1932 y por la Ley 28 de 1943 que quien estuviese devengando pensión del Estado no podría ser a la vez empleado público o percibir sueldo del mismo Estado. Esta prescripción no era más que el desarrollo y aplicación de ese principio de incompatibilidad de asignaciones que establece el artículo 64 de la Carta, principio que se extiende al régimen jurídico de las jubilaciones y que allí se conoce con el nombre de la unidad de beneficio.

Esta prohibición absoluta de acumular un sueldo y una pensión jubilatoria fue la primera orientación legislativa en esta materia. Pero como el propio artículo 64 de la Constitución permite introducir excepciones a esa prohibición, se dispuso más tarde, por la Ley 6ª de 1945, en su artículo 33, que los trabajadores oficiales jubilados podrían recibir su pensión y desempeñar a la vez cargos públicos, siempre que el valor conjunto de las dos asignaciones no excediera de doscientos pesos mensuales. El rigor del principio de la no acumulación quedó así morigerado por esta disposición, consagrada en beneficio de los trabajadores oficiales e impuesta por la necesidad de mejorar las condiciones de vida de quienes, habiendo dedicado sus esfuerzos y capacidades al servicio de la comunidad, no disfrutaban de pensiones suficientes para subvenir a sus necesidades.

En 1949 se elevó a cuatrocientos pesos la limitación de la incompatibilidad y por el Decreto número 1713 de 1960 se la fija en mil doscientos pesos mensuales.

La pensión de jubilación es una prestación pecuniaria que el Estado efectúa periódicamente en favor de las personas que durante un lapso determinado le sirvieron como trabajadores, empleados o funcionarios. Esa pen-

sión tiene su fuente en la ley que la instituye y se encamina a retribuír o compensar al servidor público el desgaste intelectual o físico que de ordinario produce toda labor prolongada que se cumple en el servicio oficial.

Una vez concedida la pensión, asume ella el carácter de derecho adquirido, y se incorpora como tal en el patrimonio del agraciado. Por su aspecto activo constituye un crédito de éste contra el Estado, y por su lado pasivo es una obligación de esta misma entidad para con el jubilado. En sentencia de 8 de febrero de 1946 dijo la Corte que "la pensión equivale a un sueldo ya causado, es la retribución de servicios prestados, no por prestarse", que ella tiene carácter compensatorio y constituye "un derecho adquirido, garantizado en la Constitución e invulnerable por leyes o actos administrativos o jurisdiccionales posteriores" (LX, 3 ss.).

La tesis cardinal del demandante consiste en sostener que la pensión jubilatoria, fuera de ser un derecho adquirido e invulnerable, tiene la condición jurídica de un crédito del beneficiario contra el Estado y que por tanto no puede ser calificada de "asignación" para el efecto de aplicarle el principio de incompatibilidad que establece el artículo 64 de la Carta.

No se remite a duda que la pensión de jubilación, una vez reconocida, adquiere la naturaleza jurídica de un crédito del jubilado contra la persona o entidad que la concede. Cuando es el Estado quien la otorga, éste atiende al pago de la obligación correlativa mediante el señalamiento y entrega de la cantidad que constituye su importe o contenido. Esta prestación pecuniaria que grava el Tesoro Público recibe en ciencia hacendaria el nombre de asignación. Con este vocablo genérico se designa en Hacienda Pública toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial. De modo que, mirada por su aspecto pasivo, como obligación del Estado y como suma de dinero que éste desembolsa para cubrirla, la pensión jubilatoria ostenta el carácter de una asignación del Tesoro Público. Para el beneficiario es un crédito que le confiere a éste derecho a exigir y recibir la asignación o cantidad de dinero que el Estado deudor apropia para ejecutar la prestación correlativa.

Si esto es así, no puede menos de concluírse que dentro del vocablo "asignación" que emplea el artículo 64 de la Carta caben todas aquellas cantidades de dinero del Tesoro Público que son destinadas al pago de pensiones jubilatorias y que en consecuencia la incompatibilidad que la misma norma consagra se extiende a esas pensiones cuando concurren con un sueldo o con otra asignación de origen y naturaleza similares. Esta es la razón en que se han inspirado las distintas y sucesivas disposiciones legales que prohiben la acumulación de un sueldo y de una pensión jubilatoria.

El artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960 contiene dos reglas, así: una general que mantiene y aplica el principio de no acumulación a un sueldo y a una pensión cuando su valor conjunto exceda de mil doscientos pesos, y otra de índole excepcional que autoriza la concurrencia de las mismas asignaciones cuando la suma de ellas no es superior al guarismo expresado. Cierto es que la disposición somete el principio de la incompatibilidad a un criterio simplemente cuantitativo, pero ello no es razón suficiente para tildarla de injurídica y de inexequible, toda vez que el artículo 64 de la Constitución no impone exigencia alguna a las excepciones que en casos especiales permite introducir al principio aludido y que aquel criterio proporciona, en puntos y casos como éste, la manera de satisfacer una finalidad social que acaso no sería posible alcanzar con un criterio cualitativo.

Tampoco acentúa la supuesta injuridicidad de la disposición anotada ni demuestra su inconstitucionalidad el hecho de que el ordinal d) del mismo artículo 1º del Decreto sustraiga por completo del principio de no concurrencia la pensión o sueldo de retiro de que

disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas, porque este sueldo obedece a causas diferentes y está sujeto a otro régimen jurídico en razón de los servicios especiales que prestan los cuerpos armados de la Nación. Antes que un privilegio, la posibilidad de acumular en este ramo un sueldo de retiro con otra asignación que el Decreto consagra también como excepción al principio general, constituye un acto de justicia que busca resarcir la inhabilidad que para desempeñar otros oficios resulta por lo común de la consagración a los riesgos, a los sacrificios y a la especialidad de las funciones castrenses.

La excepción que establece el ordinal c) del artículo 1º del Decreto 1713, no vulnera el derecho a la pensión, sino que lo favorece, desde luego que le permite al beneficiario recibir a la vez dos asignaciones dentro del límite que la misma norma señala. Este es precisamente su fin primordial. Aquel precepto tampoco viola el artículo 17 de la Carta, que le asigna al trabajo el carácter de función social y le impone al Estado la obligación de protegerlo, porque el jubilado puede ocuparse de cualquier actividad sin perjuicio de su pensión e incluso emplearse de nuevo en el servicio oficial y devengar sueldo dentro del límite nombrado. Al pensionado no se le cohibe trabajar, pero sí recibir más de una asignación del Tesoro Público, que no es lo mismo. La pensión jubilatoria se le concede a sus propias instancias, no para impedirle el trabajo, sino para proporcionarle el modo de descansar y de recuperarse del desgaste producido por los servicios ya prestados.

En resumen, la parte final del ordinal c) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960 no es contrario a lo preceptuado por los artículos 17 y 64 de la Constitución Nacional y por tanto no es el caso de hacer la declaración de inexequibilidad que se solicita. (Sala Plena, diciembre 11 de 1961. Tomo XCVII, pág. 22, 2ª; pág. 23, 1ª y 2ª; pág. 24, 1ª y 2ª).

106

EXEQUATUR DE SENTENCIA ECLESIASTICA

(La pronunciada en país extranjero no requiere exequátur).

Una sentencia de divorcio **quoad thorum et cohabitationem** pronunciada por los Tribunales de la Iglesia Católica, en cualquier lugar de la tierra, no requiere exequátur para surtir sus efectos en Colombia, en razón de la competencia exclusiva ya dicha y ser la Iglesia sociedad universal (Cas. abril 6 de 1956, T. LXXXII, pág. 564). (Casación Civil, octubre 18 de 1961. Tomo XCVII, pág. 129, 1ª y 2ª).

F

107

FALSEDAD

(Artículo 1º del Decreto 0012 de 1959).

Esta Sala, en providencias de 23 y 24 de agosto de 1961 y en la de 20 de octubre de este año, ha expresado que "el Decreto extraordinario número 012 de 4 de octubre de 1959, en su artículo 1º enumera taxativamente los delitos sometidos al procedimiento establecido en ese estatuto...".

De consiguiente, como el delito de falsedad en documentos, por el cual fue condenado en primera instancia el procesado, no aparece en esa relación taxativa que el Decreto 012 de 1959 hace en el referido artículo, por esta segunda razón cabe concluír que el trámite cumplido por el Juzgado Superior de Armenia no era el pertinente, si se atiende a la calificación delictiva hecha en su fallo. (Casación Penal, noviembre 2/61. Tomo XCVII, pág. 424, 1ª).

108

FILIACION NATURAL

(Deberes del acusador cuando la acción se ha deducido y resuelto con base en la causal 4ª del artículo 4º del estatuto respectivo).

Deducida y resuelta la acción de declaración de paternidad natural en el ámbito de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tocaba al acusador en el recurso extraordinario demostrar que esa precisa regla, en torno de la cual ha girado todo el litigio, fue violada por la sentencia de segundo grado, ya **indirectamente**, a causa de error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas de que se valiera el Tribunal para dar por establecidos los presupuestos de la causal misma; ya **directamente**, porque se hubiera aplicado la norma, sin haberse verificado el concurso de tales presupuestos. (Casación Civil, noviembre 17 de 1961. Tomo XCVII, pág. 194, 2ª).

109

FRUTOS

(Su adquisición por el poseedor de buena fe).

En razón de la buena fe, el poseedor está equiparado legalmente al dueño en la adquisición de los frutos que haya percibido antes del nacimiento del vínculo jurídico procesal en juicio restitutorio. Pero no ya de los que con posterioridad a ese momento demarcador del fallo le son imputables al poseedor condenado a restituír, por haberlos percibido después o dejado de percibir con mediana inteligencia y actividad, según se ordena a los poseedores de mala fe, quienes responden de los frutos mismos o del valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción (964). (Casación Civil, noviembre 18 de 1961. Tomo XCVII, pág. 200, 1ª).

110

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

(Factores que lo configuran).

A términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la conjunción de dos factores elementales, a saber: que el hecho que lo materializa sea **imprevisible**, esto es, que dentro de los cálculos ordinarios o circunstancias normales de la vida, no haya sido posible al agente o deudor contemplar por anticipado su ocurrencia; y que sea **irresistible**, o sea que no haya éste podido sobreponerse al mismo, para evitar sus consecuencias o dar cumplimiento a la obligación; de todo lo cual resulta que el acontecimiento no ha de ser imputable a culpa del deudor o agente, pues, como lo enseñan autorizados t r a t a d i s t a s, "existe fuerza mayor o caso fortuito cuando el incumplimiento no es imputable a una culpa del deudor. Y la culpa del deudor consiste, sea en que el obstáculo es previsible y no ha adoptado alguna medida para evitarlo, sea que, al tiempo en que se presenta el obstáculo, sin que haya debido preverse, no se haga todo lo necesario para evadirlo" (Planiol y Ripert con Esmein, VI, 382, pág. 537, traducción de Díaz Cruz). Es así obvio el artículo 1604 del Código Civil, cuando dispone que "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituído en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada, al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

Viene aquí a propósito el concepto del civilista Claro Solar (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, XI, 1080, págs. 538 y 539), quien luego de decir que "el fundamento de la exención de responsabilidad del deudor procedente del caso fortuito está en que 'a lo imposible nadie está obligado' ", agrega que "el artículo 681 (751 del C. C. colombiano) aplica este principio al expresar

que 'se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; **salvo que intervenga decreto judicial en contrario'**, es decir, una orden de embargo o de retención de la autoridad competente, un **hecho del príncipe** que constituye una fuerza mayor que el deudor no puede evitar...". Lo que para tener efecto exonerativo, supone, desde luego, que tal acto de autoridad o **hecho del príncipe** no haya sido determinado por culpa del deudor, ni podido éste preverlo dentro de lo normal u ordinario.

Correspondiendo al sentenciador de instancia, en uso de la facultad discrecional que le compete respecto de la apreciación de las cuestiones de hecho, reconocer y verificar los elementos objetivamente constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito, mediante la debida ponderación de los elementos probatorios de la causa, no puede la Corte rectificar esa apreciación, mientras no resulte convicta de error de hecho evidente. (Casación Civil, septiembre 16 de 1961. Tomo XCVII, págs. 70, 2ª, y 71, 1ª).

H

111

HEREDEROS

(Alcance probatorio del auto de reconocimiento de tales en juicio distinto del sucesorio).

La Corte, en jurisprudencia que viene de larga data, ha aceptado que el auto sobre reconocimiento de herederos en juicio de sucesión es prueba valedera en otro para establecer esa calidad. Pero el alcance de este escrito no va hasta dar como demostrados también los hechos en los cuales se hizo tal deducción, sino que se respeta la declaratoria, mientras no se pruebe lo contrario. La Corte ha dicho: "La copia auténtica de una sentencia como documento es plena prueba del hecho de haberse proferido, pero no lo es de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión". (Casación Civil, diciembre 18 de 1961. Tomo XCVII, pág. 224, 2ª).

112

HOMICIDIO

(Inspección ocular. — Levantamiento del cadáver).

La inspección ocular es una prueba distinta de la diligencia del levantamiento del cadáver. Ambas pueden ser útiles a los fines de la instrucción; pero puede muy bien que no sea necesaria la primera cuando la segunda cumplió inmediatamente después de los hechos con la tarea indispensable de practicar en el lugar mismo de los acontecimientos un examen detenido de la ocurrencia de ellos, examen que dio por resultado precisamente que se encontraran algunos de los indicios que en colaboración con la prueba testimonial sirvieron para establecer la responsabilidad de los ejecutores del ilícito. (Casación Penal, septiembre 6/61. Tomo XCVII, págs, 239 y 240, 1ª y 2ª).

113

HOMICIDIO

(Venenos fulminantes).

La investigación científica ha demostrado que el ácido cianhídrico o las preparaciones que lo contienen, "como el cianuro de potasio, el aceite de almendras amargas, etc.", pertenece al tipo o clase de los llamados "venenos fulminantes". (Casación Penal, septiembre 27/61. Tomo XCVII, pág. 355, 1ª).

114

HOMICIDIO

(Indefensión).

En cuanto a las modalidades o circunstancias agravantes previstas en el ordinal 5º del

artículo 363 del Código Penal, ha dicho la Corte: "Lo esencial en estos casos es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión, y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se halle colocado el sujeto pasivo del delito". Y es obvio que ese estado de indefensión en que se sorprende a la víctima no significa precisamente que ésta se encuentre desarmada en el momento del ataque, sino que, dadas las circunstancias en que la agresión se realiza, aquélla esté imposibilitada para defenderse. (Casación Penal, noviembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 489, 1ª).

115

HOMICIDIO

(Preterintencional).

Dispone el artículo 365 del Código Penal que quien "con el propósito de perpretar una lesión personal ocasione la muerte de otro incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

La manera como se desarrollaron los hechos, el arma empleada por el sindicado y la región vulnerada en la víctima (cavidad abdominal y base del miocardio) excluyen en aquél, en lo referente al delito de homicidio, que obrara con la única intención de lesionar, siendo, en cambio, claro el propósito de dar muerte a su contendor.

El resultado de la conducta del procesado al ocasionar la muerte de su víctima, revela su propósito: el de matar. El maestro Francisco Carrara, en su obra "teoría de la Tentativa y de la Complicidad" (Edit. "Góngora", Madrid, 1926, p. 72), dice que "cuando el hecho se realizó (el hombre muerto, la casa robada), él mismo revela ya la intención del agente. Aparte demostración contraria del acusado, la presunción jurídica nos lleva a consignar que quiso hacer lo que hizo, pues las presunciones jurídicas se derivan del curso ordinario de las cosas, y es más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar, que lo contrario de aquello a que aspiraba". (Casación Penal, noviembre 22 de 1961. Tomo XCVII, pág. 506, 1ª).

116

HOMOLOGACION

(Ante qué Juez y en qué oportunidad procesal ha de interponerse el recurso).

El Decreto legislativo número 893 de 1953 (art. 5º), otorga el recurso de homologación contra el laudo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, en los términos del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral.

Todo medio de impugnación se propone ante el Juez que pronuncia la decisión reclamada, según reglas procesales bien conocidas.

En el caso que se examina, el recurso de homologación fue interpuesto ante la Inspección de Asuntos Campesinos de Armenia y no, como debió serlo, ante la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio. De acuerdo con doctrina de la corporación, esta Sala de la Corte no adquiere jurisdicción para decidir recursos de la clase expresada, sino previo otorgamiento del mismo por el respectivo Tribunal de Arbitramento. Según se dejó anotado, el recurso se hizo valer ante una autoridad sin competencia para otorgar o denegar el recurso, por una parte, y por la otra, cuando se ejercitó la actividad procesal, el laudo estaba en firme. Conclusión de lo expuesto es la de que, careciendo la Sala de jurisdicción para entender en el recurso de que se ha hecho mérito, y faltándole igualmente competencia, por sustracción de materia, nada tiene que decidir. (Sala de Casación Laboral, 22 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 615, 2ª y 616, 1ª).

117

HURTO. — ROBO

(Cuantía).

Es cierto que el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal establece que "en los procesos por infracciones contra la propiedad se reconocerán y avaluarán las cosas materia de la infracción, si fueren habidas, y si no se establecerá su valor por cualquiera de los medios probatorios adecuados", en razón de la atinencia que la cuantía en tales delitos tiene, ya para la dosimetría de la sanción (arts. 36, 398, ord. 2º, 399, 401, 403, 410 y 413 del Código Penal), ora para señalar la competencia [Jueces Superiores: art. 45, literal j), del C. de P. P., en concordancia con el artículo 2º del Decreto 3347 de 1950. Jueces Municipales: art. 48, ordinal 2º, del C. de P. P., en concordancia con el artículo 4º del Decreto 3347 de 1950, y el 1º del Decreto 23 de 1957. La Policía: art. 49, ordinal 2º del C. de P. P., en concordancia con el artículo 1º del Decreto 23 de 1957]. Pero de ello no se desprende que el **quantum** o estimación económica de las cosas objeto de tales infracciones punibles haga parte del **cuerpo del delito.**

Si del robo se trata, bien sabido es que consiste en el apoderamiento, por medio de violencias o amenazas, o abusando de la debilidad de un menor, de una cosa mueble ajena (art. 2º de la Ley 4ª de 1943).

No se discute que la cosa materia de este ilícito debe tener un valor económico. Pero la medida de éste, la estimación o cuantía del ilícito, no hace parte de la definición legal.

Enseña el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito". Y al precisar su concepto, el profesor Rueda Concha señala que no es otra cosa que "la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión) con una definición de la ley penal".

La cuantía, en los delitos contra la propiedad, no hace parte de las exigencias típicas de orden objetivo y subjetivo que, en cada caso, especifican estas figuras penales.

De otra parte, no sobra anotar que cuando la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico no es determinada, la competencia para conocer corresponde a los Jueces de Circuito en el ramo Penal, de conformidad con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal.

Mas como en este proceso fueran averiguados y fallados varios delitos, sometidos a diversas competencias, su conocimiento corresponde al Juzgado Superior, por razón de que el delito más grave es el de homicidio, también imputado a los procesados (art. 50 del mismo Código).

Es evidente que cuando la cuantía de un delito contra la propiedad no es señalada, no se puede agravar la sanción con apoyo en el mayor daño ocasionado a la víctima. El incumplimiento de la previsión contenida en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, no hace más ponderosa la situación del procesado, pues, al contrario, bien puede suceder que se dejó de aumentar la pena, sólo porque no se acreditó alguna de las circunstancias que permiten hacerlo, de acuerdo con los artículos 36, 398, ordinal 2º, 399, 401, 403, 410 y 413 del Código Penal, ya citados. (Casación Penal, noviembre 4/61. Tomo XCVII, págs. 436, 2ª y 437, 1ª).

I

118

IMPUTABILIDAD

La ausencia de motivo determinante a que alude el señor apoderado no es circunstancia que ponga en duda la imputación. Ciertas formas de delincuencia que en el país se han hecho comunes, precisamente las más atroces y repugnantes, no obedecen a una razón con-

creta y personal de los criminales. Su conducta expresa simplemente la relajación moral determinada por una situación de violencia, en la que intervienen factores disímiles, unas veces de odio político, otras de índole económica, y muchas veces el solo afán de sembrar el terror o satisfacer tendencias antisociales. (Casación Penal, septiembre 4/61. Tomo XCVII, pág. 233, 2ª).

119

INCONGRUENCIA

(No tiene cabida en la parte motiva del fallo).

La incongruencia, como lo tiene consagrado la doctrina, no tiene cabida en materia de motivación, ya que sólo puede encontrarse en lo resolutivo del fallo, cuando éste es o excesivo: **ultra petita** o impertinente: **extra petita** u omiso: **mínima petita**, pero jamás cuando es totalmente absolutorio, porque entonces provee en tal forma sobre todos los aspectos de la litis. (Casación Civil, diciembre 6 de 1961. Tomo XCVII, pág. 215, 1ª y 2ª).

120

INDAGATORIA

(No es esencial en el proceso).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, la diligencia de indagatoria, en realidad, no es esencial en el proceso, y, por lo tanto, resulta cuando menos exagerado pretender que su recepción sin apoderado o con la concurrencia de uno sin el título de abogado, de suyo conduzca a la nulidad de esa misma diligencia y, lo que es peor, a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. (Casación Penal, noviembre 3/61. Tomo XCVII, pág. 428, 2ª).

121

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Comparación entre la indemnización por perjuicios civiles y por accidentes de trabajo).

El dictamen de los peritos que avaluaron los perjuicios sufridos por el demandante, teniendo en cuenta el oficio de mecánico ejercido por el actor y la pérdida de los movimientos de flexión y extensión en algunos órganos de su mano izquierda que lo inutiliza para el ejercicio de su profesión, llega a la conclusión de que la merma de su capacidad por este concepto puede valorarse en un 30%.

El señor Procurador Delegado en lo Civil critica el dictamen, entre otras razones, porque "el cálculo en un treinta por ciento de la disminución de la capacidad laboral sufrida por el demandante es arbitrario, como que el Código del Trabajo, en la tabla de valuación de incapacidades contenida en su artículo 209, no señala a la lesión sufrida sino un dos por ciento de disminución".

No comparte la Sala el criterio del señor Procurador de la estimación del perjuicio con base en la tabla de valuación de incapacidades que trae el artículo 209 del Código del Trabajo, pues que dicha tabla, en la cual el daño se halla determinado de antemano, y con prescindencia de la idea de compensación exacta o en justa proporción del realmente sufrido, sólo se propone garantizar al trabajador un **mínimo** de seguridad contra el riesgo profesional, por lo que la indemnización bien puede resultar muy inferior a la cuantía verdadera del perjuicio. Este concepto, que es el que de la indemnización por accidente de trabajo tiene la doctrina, es el recogido en la legislación nacional, que da a tal indemnización el carácter de **prestación social**, es decir, de obligación impuesta por la ley y proveniente del contrato de trabajo, distinta de la nacida de la culpa que el trabajador puede hacer efectiva ejerciendo las acciones que para ello consagra el Código Civil. Muy clara aparece la distinción entre la prestación so-

cial que se debe al trabajador por accidente de trabajo y la indemnización del daño que haya sufrido por culpa del empresario o patrono, si se detiene la atención en que para conceder el derecho a la primera la ley toma en cuenta la cuantía del capital de la empresa o industria (C. S. T., artículos 223, 224, 225, 226), y sobre todo en que cuando se trata de accidente causado por culpa del patrono, éste "está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas que las regulan" (C. S. T., artículo 216); lo que demuestra que el legislador en ningún caso ha querido subordinar el resarcimiento del daño proveniente de la culpa imputable al empresario o industrial a la tarifa de incapacidades establecida con el fin de asegurar al trabajador un mínimo de riesgo a que se expone por las condiciones o circunstancias en que se desarrolla su actividad profesional. (Sala de Negocios Generales, 14 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 786, 1ª y 2ª, y pág. 787, 1ª).

122

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Pruebas. — Determinación).

Los juzgadores de instancia se vieron compelidos a condenar **in genere**, en abstracto, porque no encontraron dentro del proceso elementos de juicio suficientes para hacer una condenación de distinta índole, o sea una cantidad líquida que concretara el **quantum** o monto de la indemnización de perjuicios, toda vez que la parte interesada no propuso los medios adecuados para señalarla, dentro de las atribuciones que la ley le confiere, porque desestimó u olvidó la norma contenida en el precepto del artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, que señala las facultades de la parte civil dentro del proceso penal, cuyos derechos extiende, aparte de otras materias allí enumeradas, a solicitar pruebas para fijar "la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado". (Casación Penal, septiembre 11/61. Tomo XCVII, pág. 307, 2ª).

123

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Reglamentación).

La Corte no puede menos de formular un reproche al legislador por la forma como reglamentó la casación en lo tocante con la materia de la indemnización de perjuicios que se deriven de la ejecución de un hecho delictuoso, porque al proveer para dar cabida a la parte civil acreditada en el proceso a interponer el recurso en el cual regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación civil, se incurrió en desviación frente a postulados doctrinarios reconocidos en la reforma penal operada en el país con los estatutos vigentes, y, además, se cometió un error de técnica jurídica, por cuanto fue desconocido en esta reglamentación el principio de la autonomía del proceso penal en relación con el civil, que lleva direcciones opuestas y aun antagónicas en no pocos puntos, lo que hace que no puedan confundirse, así se trate de materias pertenecientes por su índole a derechos privados, que pueden y deben ser reconocidos por el Juez Penal, ya que se derivan de la ejecución de un delito, como inicialmente fue estructurado en el Código Penal, desvertebrándose el sistema en el estatuto procesal y en reformas antitécnicas posteriores. (Casación Penal, septiembre 11/61. Tomo XCVII, pág. 306, 1ª).

124

INDEMNIZACION MORATORIA

(Condiciones para que el patrono sea exonerado de la sanción).

Lo fundamental para saber si la sentencia acusada debió o no aplicar el precepto conte-

nido en el artículo 65 del Código del Trabajo, era saber si la conducta del patrono lo hacía acreedor a la dispensa de la sanción establecida en tal norma. La jurisprudencia admite la exoneración cuando aquél niega el contrato laboral y, en consecuencia, se abstiene de consignar suma alguna en favor del trabajador, justificando su actitud con razones valederas y aportando al proceso las pruebas del caso, de las cuales pueda el fallador llegar al convencimiento de que obró de buena fe. (Sala de Casación Laboral, 12 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 649, 1ª).

125

INDEMNIZACION MORATORIA

(Motivos que excepcionalmente justifican el retardo. Prueba de los mismos).

El ordenamiento general contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, preceptúa que el pago de los salarios y prestaciones sociales debe hacerse al terminar el contrato de trabajo. Claro está que puede mediar una negativa justificada del patrono a obrar en tal forma, ya sea porque se considera que no hubo, por ejemplo, contrato de trabajo, o que se operó el fenómeno de la compensación, u otra causa por el estilo, pero todo ello debe tener fundamento adecuado, el debido respaldo procesal. Ninguna de estas modalidades eximentes de responsabilidad se observa en el presente caso. Más aún, la consignación es prueba categórica de que la demandada sí consideraba que le debía prestaciones al trabajador demandante. Luego, ¿por qué no efectuó esa consignación antes? La prueba de esta circunstancia es lo que se echa de menos. Es obvio que la consignación ha podido ser hecha antes de ese día, pues se trata de un acto de la exclusiva iniciativa patronal. Los motivos que ahora alega el recurrente no fueron propuestos adecuadamente en su oportunidad procesal.

No aparece, pues, por parte alguna la explicación aceptable de la demora de la demandada en hacer la consignación. Por ello el cargo no puede prosperar, puesto que de la decisión del fallador no se deduce error de hecho ni menos con las características de evidente que afirma el impugnador. (Sala de Casación Laboral, 19 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 665, 1ª y 2ª).

126

INDEMNIZACION MORATORIA

(Salvo duda justificada el patrono queda sujeto a la sanción).

Sostiene el cargo que la sentencia acusada, al absolver a la compañía demandada de pagar la indemnización moratoria, incurrió en violación indirecta del artículo 65 del Código Laboral, por cuanto está suficientemente acreditado en el jucio que hubo contrato de trabajo y que no existió la duda justificada que sobre la realidad del vínculo laboral alegó la empresa.

Se considera:

Como primera medida deben darse a conocer las razones que tuvo el Tribunal para haber revocado la condena por indemnización moratoria, las cuales son de este tenor:

"Finalmente el Juzgado condenó a la demandada a pagar al actor salarios caídos por considerar que de las pruebas presentadas no se establece que en realidad hubiera motivo de duda acerca de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes. Tal criterio no se acepta porque se debatió, en el presente caso, con fundamentos bastante atendibles la existencia de un contrato diferente al de trabajo. En efecto, la compañía demandada, teniendo en cuenta la forma como se estipuló la remuneración de los servicios del actor —una suma global—, la modalidad de las funciones que tenía que desarrollar (asesoría tributaria permanente, incluyendo la elaboración de las declaraciones de renta anual), y la circunstancia de que no se estu-

viera sujeto a un horario especial, la llevó a considerar que no hubo una relación contractual laboral. Por lo tanto deberá revocarse la condena que por salarios caídos efectuó el **a quo**, absolviéndose, en su lugar, a la demandada de pagar suma alguna por dicho concepto...".

Así las cosas, puede apreciarse que el **ad quem** sostiene que mediaron razones atendibles en cuanto a la negativa de contrato laboral alegada por la demandada, posición que la concreta en la remuneración global estipulada y la no sujeción a horario especial. Precisado así el problema, se trata de definir si son aceptables las razones dadas por el Tribunal para revocar la condena a que el cargo se refiere. La Sala estima que no por los motivos que pasa a exponer:

a) Lo fundamental para la existencia del contrato de trabajo es que haya remuneración del servicio que se presta, no importa la modalidad o periodicidad de su pago, lo cual sólo es un detalle de orden secundario. La retribución es requisito propio y característico del vínculo jurídico laboral, según las voces del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 27 del mismo estatuto, que establece que todo trabajo dependiente debe ser remunerado. De suerte, pues, que por este primer aspecto la motivación del Tribunal es muy deleznable.

b) El hecho de no estar obligado a cumplir un horario especial tampoco es circunstancia que desvirtúe la realidad del vínculo laboral. El horario de trabajo es una modalidad que varía según la índole de la labor que se ejecute. En unos casos será necesario trabajar 8 horas diarias; en otros sólo 6; en otros 12; en otros sin límite de la jornada, y en otros con jornada diferente a la de esos límites, como ocurre en el caso de los contabilistas que trabajan por horas, o en el de los revisores fiscales o asesores, siempre y cuando que estén en disponibilidad o subordinación constante respecto de su patrono, lo que le permite a éste ocupar sus servicios en el momento en que lo estime necesario y conveniente. Sobre el particular no le cabe a la Sala la menor duda acerca de cuál era la situación del trabajador reclamante, ya que en el texto de la nota de la empresa en que se estipularon las condiciones contractuales se lee: "... nuestra Junta Directiva en su reunión de ayer me autorizó para proponer a usted la elaboración de un contrato que incluya las declaraciones de renta y una asesoría tributaria **permanente**, por la suma de..." (subraya la Sala). Esta condición de asesoría permanente del demandante da la nota característica de su vinculación jurídica. Por lo demás, la apreciación del Tribunal del testimonio que le sirve de base al punto referente al horario es notoriamente fragmentaria, ya que lo que dice quien desempeñaba por entonces el cargo de Gerente, en lo pertinente es esto:

"En cuanto a la prestación de servicios el señor T. no tenía horario fijo, puesto que la índole de su trabajo implicaba que él se presentara en cualquier momento cuando fuere llamado y por un tiempo no determinado de horas. Sí me consta que el señor T. atendió a todas las consultas que se le hicieron. El asistía casi diariamente, mas no por obligación. En cuanto a una consulta urgente puedo manifestar que si el señor T. era citado, por ejemplo, a las diez de la mañana, él podía aplazar dicha cita para más tarde, pero no tengo recuerdo ni me consta que jamás lo hubiera hecho. El trabajo lo desarrolló prácticamente en su totalidad dentro de las oficinas de la compañía, en asocio, muchas veces, del señor Contador General de la empresa, del señor Revisor Fiscal, de algunos auxiliares de contabilidad y del mismo Gerente".

Del anterior análisis surge con evidente claridad que el sentenciador incurrió en los errores de valoración probatoria que el recurrente le atribuye, ya que los motivos de duda justificada que le reconoce a la demandada carecen de todo fundamento. Máxime cuando ésta se limitó a negar la existencia del contrato de trabajo sin respaldar adecuadamente su actitud. Por consiguiente el cargo prospera. (Sala de Casación Laboral, 11 de di-

ciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 639, 2ª y pág. 640, 1ª).

127

INDEMNIZACION MORATORIA

(Vía apropiada en casación para impugnar la sanción impuesta al patrono).

Pretende el primer cargo obtener la casación de la sentencia acusada en cuanto confirmó la condena por indemnización moratoria. Considera que constituye violación del artículo 65 del Código del Trabajo, por errónea interpretación, el entenderlo en el sentido de que el simple no pago origina la sanción. Y que es necesario que concurra la mala fe inequívoca en el empleador: no pago y mala fe del patrono en el retardo, son los elementos contenidos en la norma.

La Sala destaca estos hechos: 1º La demanda inicial se presentó el 10 de abril de 1959; 2º La notificación del libelo se hizo a la sociedad demandada el día 8 de mayo; 3º La consignación de prestaciones sociales se efectuó el 18 de diciembre del mismo año de 1959.

Ahora bien, ¿Qué razones tuvo la entidad demandada para demorar la consignación de lo que creía deber hasta la fecha últimamente mencionada? Nada explica el recurrente sobre el particular. Y es obvio que cualquier pretendida justificación sobre tal circunstancia tendría necesariamente que fundamentarse en hechos conocidos y debidamente comprobados. Es decir, que la vía de impugnación escogida (interpretación errónea) no sería la jurídicamente indicada, puesto que ésta debe proponerse con abstracción de problemas de índole probatoria.

Es cierto, como lo anota el casacionista, que la buena fe patronal en ciertos casos exonera de la sanción moratoria, según lo ha dicho la jurisprudencia laboral. Pero en situaciones como la de autos, en que el patrono esperó hasta el 18 de diciembre de 1959, siendo así que el contrato había terminado el 11 de marzo de ese año, y que la demanda se le había notificado el 8 de mayo siguiente, no es aceptable recurrir a ese pretexto para considerarse exento de la sanción. Esto, porque no debe olvidarse que el mandato general del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el pago debe hacerse a la terminación del vínculo contractual.

No obstante los esfuerzos del recurrente por demostrar el error de interpretación legal que le atribuye al fallo impugnado, la Sala no halla que el **ad quem** haya incurrido en tal yerro. Por el contrario, considera que el sentenciador se ajustó al recto entendimiento de la norma acusada y a la innegable realidad procesal. El cargo no prospera. (Sala de Casación Laboral, 19 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 664, 2ª y 665, 1ª).

128

INDICIOS

(Autonomía del sentenciador en la calificación).

Según lo tiene reconocido la jurisprudencia, el Tribunal es autónomo, así en la consideración de los caracteres, ya de necesidad, ya de gravedad, pluralidad, precisión y conexidad de los indicios (arts. 663, 664 y 665, C. J.), como en la apreciación de las condiciones de responsividad, exactitud, integridad, concordancia y jerarquía de los testimonios (arts. 688, 697 y 702 ibid.), para deducir de unos u otros los méritos probatorios que en sus correspondientes casos les atribuye la ley, de modo que la Corte en casación no puede variar el concepto que sobre tales calidades de hecho se haya formado el sentenciador de instancia, mientras sus operaciones mentales al respecto no sean convictas de manifiesto error de esta especie. (Casación Civil, noviembre 17 de 1961. Tomo XCVII, pág. 196, 1ª).

129

INEXEQUIBILIDAD

(De los artículos 58, 77 y 98 del Decreto-ley 1715 de 1960).

El Decreto 1715 de 1960, del que hacen parte los artículos 58, 77 y 98, objeto de la presente acusación, fue dictado con invocación de las facultades extraordinarias que confirió al Presidente de la República la Ley 19 de 1958. Esta Ley en su artículo 26 estableció:

"Con el preciso y exclusivo objeto de que pueda dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley, en cuanto a ello exceda el ejercicio de la potestad reglamentaria, invístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, hasta el día 20 de julio de 1960. Los decretos que se dicten en uso de estas facultades serán sometidos previamente a la aprobación del Consejo de Ministros".

Y en su artículo 18 había dispuesto:

"El Gobierno, con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento, reorganizará los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente, y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades conforme al inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Nacional".

Es indudable, pues, que el Gobierno recibió autorizaciones extraordinarias con relación a los Ministerios y otros organismos administrativos, pero no fueron ellas generales o indeterminadas, sino circunscritas a la precisa materia de su reorganización, con las miras especificadas en el artículo 18 de la Ley 19 de 1958, que, por lo demás, apenas menciona las finalidades racionales de cualquier reorganización administrativa.

Ahora bien, reorganizar, o lo que es lo mismo, volver a organizar, implica, en la acepción corriente del vocablo y en la que trae el diccionario de la Academia (organizar: "establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla"), la idea de una actividad que se desarrolla en el interior de la cosa objeto de la reorganización. De manera que si bien el Gobierno podía modificar hasta el máximo la estructura de los Ministerios, y concretamente la de las dependencias del Ministerio de Hacienda, que tienen a su cargo todo lo relacionado con el recaudo de los impuestos, no podía en manera alguna tomar medidas que, so pretexto de una tal reestructuración, tuvieran incidencia directa sobre los derechos de los contribuyentes como tales.

Así las cosas, resulta por demás evidente que no son medidas reorgánicas las tomadas por el Ejecutivo en los artículos 58, 77 y 98 del Decreto 1715 de 1960. El primero de los mencionados preceptos faculta al Jefe de la División de Impuestos Nacionales para determinar "dentro de qué cuantía y condiciones deben estar sometidas al grado de consulta ante su despacho las providencias que dicten cada una de las secciones regionales de recursos tributarios en materia de impuestos sobre la renta, sus complementarios y adicionales, de sucesiones y donaciones e indirectos"; esto es, estatuye directamente respecto a los contribuyentes, cuyos reclamos podrían verse sometidos a las dilaciones inherentes al grado de consulta que el Jefe de la División de Impuestos Nacionales tuviera a bien establecer con relación a las providencias de sus subalternos. Contiene, pues, una medida de carácter procedimental y nada provee respecto a la estructura interna de la aludida División de Impuestos.

En cuanto a los artículos 77 y 98, que autorizan al Jefe de la División de Impuestos Nacionales para que directamente o por intermedio de sus delegados pueda revisar de ma-

nera oficiosa las liquidaciones de los impuestos sobre la renta y complementarios y adicionales, y de sucesiones y donaciones hasta dos años después de sus notificaciones, es igualmente evidente que no contienen medidas reorgánicas, que por definición deben limitarse en sus efectos a la esfera interna del Ministerio. Estos artículos afectan directamente los intereses de los contribuyentes en su derecho a tener certeza en algún momento determinado sobre el monto de las sumas que les corresponde pagar, según liquidaciones de los competentes funcionarios estatales.

Si, pues, los artículos 58, 77 y 98 del Decreto acusado nada establecen respecto a la reorganización del Ministerio de Hacienda, es obvio que en ellos el Ejecutivo extralimitó las facultades que recibió del Congreso en los artículos 18 y 26 de la Ley 19 de 1958, y que, por ende, indebidamente ejercitó funciones legislativas, razón por la cual quebrantó el artículo 76 de la Constitución, que adscribe en principio al Congreso el ejercicio de tales funciones.

Las facultades que recibió el Gobierno no fueron para que estatuyera sobre cualquiera materia objeto de las actividades de los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica, sino exclusivamente para reorganizar esos organismos oficiales, lo que las circunscribe apreciablemente, y con ello el legislador apenas obedeció a la exigencia sobre precisión de las facultades que contiene el mencionado ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. Por consiguiente, no hay para qué averiguar si en los artículos acusados el Gobierno tomó medidas sobre materias de la competencia de los Ministerios, para determinar su conformidad o inconformidad con la Constitución, sino que basta para concluír en el segundo sentido, comprobar que no contienen medidas reorgánicas para la sola adopción de las cuales había sido autorizado. (Sala Plena, 14 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 28, 2ª y pág. 29, 1ª y 2ª).

130

INSPECCION OCULAR Y CONFESION FICTA

(La actuación regulada por el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral es propia de la instancia, no de la casación).

No hay que perder de vista que la actuación regulada por el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral es propia de la etapa de instancia, ya que es obvio que la renuencia de la parte que debe facilitar la inspección ocular tiene que ser objeto de declaración judicial por el respectivo funcionario, así como el reconocimiento de los hechos que se consideran probados, cuando es admisible la prueba de confesión; cuando no es pertinente la declaratoria de confeso, lo que prevé la ley es una multa. Luego es claro que el Juez debe efectuar un análisis adecuado de la situación para obrar en consecuencia. De donde resulta que mal puede la Corte entrar a reconocer, en casación, como probados, ciertos hechos que no han sido rituados conforme a la ley procesal. (Sala de Casación Laboral, 30 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 601, 2ª).

131

INTERES JURIDICO

(En el recurso de apelación y en el de casación. — Reformatio in peius. — Facultades del Juez de apelación).

Interpuso el recurso de casación la empresa demandada y, con invocación de la causal primera, formuló tres cargos: el primero relativo a las condenas por cesantía y primas de servicio; el segundo referente a la condena por vacaciones, y el tercero tocante a la indemnización moratoria. La Sala se abstiene de examinar los dos primeros por las razones que pasa a exponer:

La apelación fue interpuesta por el apode-

rado de la fábrica por medio de escrito. Como no se indicó allí el objeto del recurso, debe entenderse que la inconformidad abarcó todo lo desfavorable a la sentencia de primer grado. Sin embargo, al sustentar dicho apoderado el recurso ante el Tribunal, determinó su alcance en alegación oral, según consta en la audiencia respectiva, en estos términos: "Solicito al honorable Tribunal se revoque la sentencia en lo que respecta a salarios caídos, y en su lugar se absuelva a la demandada por este concepto. Por cuanto a las demás condenas, el Juez hizo la compensación con lo que había consignado la empresa".

Como se ve, la pretensión de apelación que al interponer el recurso comprendió todas las decisiones adversas a la parte demandada, quedó reducida, al sustentarlo, a una sola, la relativa a la condena por indemnización moratoria.

Sobre el particular, la Sala debe hacer estas consideraciones:

El segundo grado desempeña el mismo oficio del primero, con poderes iguales al de éste. Su misión es decidir la litis, volverla a examinar de nuevo. Sin embrago, la pretensión de apelación es diferente de la que fue objeto del primer grado, aunque comprenda todas las cuestiones decididas por el **a quo**. Persigue la eliminación de la decisión impugnada para sustituírla por otra. En el evento de fallo adverso al demandado comprensivo de varios extremos, la pretensión puede ser su revocatoria total o parcial. Se ve clara la diferencia en la segunda hipótesis, pues el objeto de la pretensión de apelación aparece disminuído. En la primera, la solicitud de absolución o revocatoria de la resolución impugnada imprime a la pretensión de apelación objeto distinto del que fue materia de aquélla.

El tratadista Jaime Juasp, al hablar de la idoneidad de la apelación, escribe: "La pretensión de apelación es un ente distinto de la pretensión procesal originaria, y la diferenciación entre una y otra, que constituye el argumento decisivo a favor de la diferencia de ambos procesos, es el único criterio que permite explicar rasgos esenciales del recurso. Para que la pretensión de apelación sea idónea es preciso, por lo tanto, que actúe distinguida de la pretensión de primera instancia, aunque coincida la solicitud concreta que en una y otra se deduce". (Derecho Procesal Civil, página 1413).

Explica la diversidad de pretensiones del primero y el segundo grado el instituto procesal de la **reformatio in peius,** consagrado en el artículo 494 del Código Judicial. Significa esta figura, en último término —expone el tratadista citado en la misma obra, página 1414—, que "el proceso de apelación no tiene el mismo ámbito objetivo que el de primera instancia, sino el ámbito estricto que le proporciona la pretensión procesal autónoma que le da vida".

Con referencia a la misma figura procesal dice el expositor Francisco Carnelutti: "La prohibición de la **reformatio in peius** no es más que un aspecto del principio del gravamen parcial. Y esto no está en modo alguno en contradicción con el otro principio, según el cual el Juez de apelación tiene un conocimiento pleno de la litis, como si la sentencia de primer grado no se hubiese pronunciado. Quiere decir esto que el oficio del Juez de apelación consiste en decidir la litis, no sólo en hacer que desaparezca, si le parece injusta, la sentencia apelada, pero no que deba decidir toda la litis. Conviene distinguir entre intensidad y extensión de los poderes del Juez de apelación en comparación con los del Juez de primer grado. En la parte de litis que se le somete, el segundo la juzga con los mismos poderes del primero, pero también puede no juzgarla en su totalidad, si la apelación es parcial. El más o el menos de la litis que se contiene en el proceso, está señalado expresamente por las cuestiones incluídas o excluídas. El fenómeno de la apelación, o en general, de la impugnación parcial, no representa más que un caso, probablemente el más importante, del vasto fenómeno del proceso parcial. Está bien, pues, que el Juez de ape-

lación juzgue como si no existiese la sentencia de primer grado, pero sólo en cuanto a las cuestiones sobre que verse la apelación. En cuanto a lo demás, la sentencia existe y excluye el conocimiento del Juez de apelación en virtud de la cosa juzgada". (Estudios de Derecho Procesal. II, 418).

Al explicar el alcance del artículo 494 del Código Judicial, dijo la Corte, Sala de Casación Civil: "El superior que conoce por apelación de una providencia, tiene un límite que le impide enmendarla en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por el apelante con la sentencia o auto recurrido. Semejante reforma, con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por tanto, el asunto es visto sólo en la extensión que ellas lo soliciten. Por lo demás, este criterio se aplica también al recurso de casación en lo pertinente". (XLVII, p. 418).

Los medios de impugnación contra las providencias judiciales son derechos en favor de las partes, sujetos al principio dispositivo, a menos que la ley, para casos especiales, disponga lo contrario. Ocurre esto último con el fallo de primer grado totalmente adverso al trabajador o el condenatorio de entidades de derecho público, casos en que el legislador ordena la consulta, la cual persigue los mismos fines de la apelación. De acuerdo con el principio de disposición, las partes pueden renunciar el derecho a los recursos, expresamente, consintiendo la resolución judicial, o de manera tácita, absteniéndose de utilizarlos dentro de los plazos fijados por la ley. Modalidad del mismo principio es la de que si la resolución contiene varios extremos, la inconformidad del recurrente contra la decisión de primer grado —si de apelación se trata— no los abarque todos sino parte de ellos, que fue lo ocurrido en el caso de autos. En efecto, decir, como lo expresó el personero judicial de la parte demandada en la audiencia de alegaciones de segunda instancia, que pedía la revocatoria del fallo del **a quo** en lo tocante a la condena al pago de indemnización moratoria, agregando que respecto de las tres restantes (cesantía, primas de servicio y vacaciones) su valor quedó compensado con la suma consignada por la sociedad ante el Juez del conocimiento, significa, en buen romance, limitar la apelación a la resolución cuya revocatoria solicitó.

Algunas legislaciones extranjeras (la argentina, por ejemplo) traen la modalidad de la apelación con expresión de agravios, a tal punto que si no se precisan, se declara desierto el recurso por el superior; entienden otras (la italiana anterior a la actual, art. 486) que si la resolución impugnada contiene varios extremos y el apelante, ante el superior, sustenta uno solo, limita a éste el objeto del recurso, quedando los demás fuera del ámbito de la apelación. La ley procesal colombiana no le impone al apelante la carga de sustentar el recurso, como ocurre con el recurrente en casación, de manera que el Juez de alzada está obligado a revisar la providencia de primer grado sin que haya necesidad de expresar agravios. Tampoco la impugnación de un extremo de la decisión implica abandono de las restantes. Pero el hecho de solicitar la desestimación de una petición, diciendo que las condenas de las restantes fueron satisfechas por el apelante, muestra su conformidad con lo resuelto por ellas. Es esta la situación procesal de autos.

Ahora bien, presupuesto de todo recurso es el interés jurídico, que debe ser personal, objetivo y directo. Determina ese interés el perjuicio que le depare al litigante la sentencia que impugna. El vencimiento en el primer grado es la causa del perjuicio o gravamen. Lo que busca el apelante en el segundo grado es la reparación de ese gravamen. De ahí que el vencedor carezca de interés para apelar, pues ningún perjuicio le ocasiona la decisión de primer grado. En el caso que se contempla el fallo de primer grado condenó a la sociedad demandada a satisfa-

cer obligaciones en favor de la actora, por estos conceptos: cesantía, primas de servicio, vacaciones e indemnización moratoria.

El superior, a pesar de que el apelante limitó su pretensión a la última, revisó toda la actividad del juzgado **a quo**. Sin embargo, no varió la cuantía de la condena por las tres primeras obligaciones. Las confirmó sin alteración alguna; modificó la última para disminuír su importe.

Como se ve, en relación con cesantía, vacaciones y primas de servicio, obligaciones satisfechas por la parte demandada, según el apelante, excluídas por tal motivo de la pretensión de apelación, carece aquél de interés jurídico en casación. Lo tendría si el Tribunal hubiera, al decidir, aumentado el valor de las condenas, esto es, si hubiera incurrido en el vicio de la **reformatio in peius**. No habiendo variado el **ad quem** la situación procesal del único apelante y habiendo concretado éste el objeto del recurso a la condena por indemnización moratoria únicamente, su falta de interés jurídico respecto de las otras tres condenas, que por su propia voluntad alcanzaron la fuerza de cosa juzgada material, quedan fuera del ámbito del recurso extraordinario. (Sala de Casación Laboral, 12 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 645, 2ª; pág. 646, 1ª y 2ª, y pág. 647, 1ª y 2ª).

132

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

(Especialmente referida a la acción de dominio del subsuelo petrolífero).

Se demandó a la Nación en juicio ordinario de única instancia, para que se hiciera como principal esta declaración: "Que los predios denominados... salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado". Admitida la demanda, el apoderado presentó otro memorial con el fin de aclarar o corregir la primitiva, en cuanto atañe a las lindes de las parcelas, antes omitidas, como también para insertar esta nueva petición: "Quinta. Que el Gobierno Nacional no puede contratar la exploración y explotación del petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse dentro de los predios... y que, por tanto, debe excluírse del contrato que llegue a celebrarse con la Texas Petroleum Company o con sus cesionarios a cualquier título, el suelo y subsuelo de los mencionados predios...".

Admitida dicha aclaración o corrección, el señor Procurador Delegado en lo Civil interpuso reposición contra el auto que la admitió, con fundamento en este razonamiento: "Confrontando los dos escritos se desprenden las siguientes diferencias: el primero pretende que se declaren egresados del patrimonio nacional los predios objeto de demanda. Es decir, se intenta una acción de dominio. El segundo pretende que se declare de propiedad privada el subsuelo petrolífero de esos predios. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para decidir en una sola instancia acerca de los juicios de dominio que se instauren contra la Nación. Siendo, en cambio, competente para fallar sobre los juicios de petróleos. Como el plazo fijado por el Decreto 3050 de 1956 es de un año para intentar la acción de petróleos, éste se hallaba vencido a la fecha de la presentación de la demanda corregida y, en consecuencia, este despacho solicita: a) Que se reponga el auto por el cual se admitió la corrección, por cuanto ésta no se limitó a aclarar las lindes de los diversos predios, como en él se expresa, sino que fue más amplio, puesto que admitió una acción de petróleos que no se había intentado anteriormente, y b) Que en su lugar no se admita y se declare prescrita la acción de petróleos".

Son varias las cuestiones planteadas por el Procurador. En lo tocante a la competencia de la Sala, se hacen las siguientes consideraciones:

Sostiene el Procurador Delegado que la Sala de Negocios Generales de la Corte no

es competente, respecto de la acción primitivamente ejercitada por la parte actora, pues en ella solamente "se intenta una acción de dominio", en lugar de haber ejercitado desde el principio la de "propiedad privada" sobre el subsuelo petrolífero. Sin embargo, según se verá, la distinción intentada por el Agente del Ministerio Público no existe en realidad, porque no son distintas las acciones consecuentes, deducidas de la declaración principal.

La acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero no puede ejercitarse directamente ante la Rama Jurisdiccional, sino que ha menester de una etapa prejudicial o administrativa, prevista en los artículos 34 y 35 del Código de Petróleos, que se cumple en forma diferente, según que el presunto propietario del subsuelo tome la iniciativa, o bien haga oposición a la propuesta de contrato presentada por un tercero.

En el primer caso, reglamentado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo, para explotar el petróleo, debe dar aviso al Ministerio de Minas y Petróleos, con el fin de obtener el correspondiente permiso, si los títulos presentados los estima suficientes, en cuyo caso carece de interés jurídico para promover acción alguna, ya que el Estado no le disputa su derecho. En cambio, si los títulos no los considera suficientes, el Ministerio enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos juicios, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia del aviso. Mientras tanto no se podrá emprender en la exploración y explotación proyectadas. El aviso hará las veces de demanda. "Si el fallo fuere favorable a la Nación, el interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectadas; en caso contrario podrá emprenderlas".

En el otro supuesto, reglamentado en el artículo 34 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo puede oponerse a la propuesta de contrato ante el Ministerio, con las formalidades previstas en el inciso 4º del citado artículo, entre otras, con la presentación de los títulos de propiedad invocados, para que, suspendida la tramitación de la propuesta, se envíe la actuación a la Sala de Negocios Generales de la Corte, con el objeto de que "resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición".

Si transcurridos dos meses, a partir del cumplimiento de las formalidades exigidas en el primer inciso del artículo 34 del Código de Petróleos, no se ha presentado al Ministerio de Minas y Petróleos oposición alguna, los presuntos propietarios, en sendas demandas y dentro del plazo de un año, podrán ejercer la acción procedente para que se declare a quién pertenece el subsuelo, en cuanto atañe al petróleo o hidrocarburos en cuelquiera de sus estados físicos.

Con fundamento en la disposición precitada, la actora presentó la demanda en ejercicio de una acción **petitoria**, en cuanto pide se declare de propiedad particular el subsuelo petrolífero de los predios enumerados, porque, como pasa a verse, no otra cosa significa la primera declaración demandada.

En efecto, según ocurre en todo litigio, la demanda está integrada o edificada sobre un silogismo, en el cual la premisa mayor se forma con la respectiva disposición legal; la menor con los hechos que el actor debe invocar en la demanda y probar en el juicio; y la conclusión la constituyen las declaraciones o condenas impetradas en el libelo. Así en los litigios sobre la propiedad de los petróleos, el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953 dispone: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y

que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal..."; ahora, como la actora en el hecho tercero afirma que la antigua hacienda "El Vínculo", de la cual hacían parte los predios "Maturín", "El Triunfo", etc., "salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad a la reserva fiscal del petróleo", luego debe concluírse que demanda la declaración de que el petróleo del subsuelo de las parcelas citadas es de propiedad particular. Claro está que en el libelo no se observó el estricto y lógico orden expuesto, pero entre las disposiciones aplicables se invocó el antes copiado artículo 5º del Decreto 1056 de 1953, como también, tanto en la parte petitoria como en los hechos, la circunstancia de haber salido las parcelas del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873; y es claro que de estas premisas el Juez debe sacar la conclusión legal, antes descrita, porque se subentiende o fluye de las dos premisas invocadas, la de derecho (art. 5º) y la de hecho (hecho 3º).

De lo expuesto también se deduce otra conclusión o consecuencia, o sea, de que la actora ejercitó una acción declarativa, en orden a que se declare la propiedad privada del subsuelo; y en cuanto a la quinta petición, hecha en el escrito de corrección de la demanda primitiva, en sí misma, no es sino una declaración consecuente o que se deduce, como de su causa, de la impetrada declaración de ser de dominio privado el subsuelo de las parcelas descritas o alindadas en el segundo libelo, la cual, por otra parte, tampoco era del todo necesaria, porque "si el fallo fuere favorable a la Nación, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo; en caso contrario, no se continuará la tramitación de la propuesta" (inc. 5º, art. 34, ibídem); o en caso de haberse celebrado, no le será oponible a la actora, si gana el pleito, porque "nemo tenetur ex alieno contractu" (art. 1602 del Código Civil). (Sala de Negocios Generales, 8 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 677, 1ª y 2ª, y 678, 1ª y 2ª).

133

INTERROGATORIOS AL PROCESADO

(Sobre la personalidad del infractor).

Referente a los interrogatorios al procesado cabe recordar la siguiente doctrina expuesta en otra oportunidad por la Corte: "Respecto de los interrogatorios que deben hacer los Jueces de instancia al procesado, a lo menos por dos veces, sobre el hecho, sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en suma, sobre todos los puntos que pueda revelar la personalidad del infractor" (arts. 452 y 548 del C. de P. P.). (Casación Penal, septiembre 19/61. Tomo XCVII, pág. 345, 1ª).

134

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

(El reclamo escrito del trabajador debe especificar cuáles son las deudas insolutas).

Según el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, el reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, **"acerca de un derecho debidamente determinado"** (subraya la Sala), interrumpe la prescripción, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Adolecen las cartas en examen, obrantes en autos, de una falla fundamental, y es la de que no concretan ni especifican derecho alguno. Ambas hablan de **"prestaciones sociales"**, sin precisar cuáles son las que estiman insolutas los reclamantes. Son varios los derechos que emanan del contrato laboral, y como lo ordinario y corriente es que el patrono los satisfaga al expirar el vínculo, para el evento de que alguno quede sin cancelar o que no hayan sido cubiertos en su totalidad, el canon legal exige que el reclamo escrito especifique las deudas pendientes. El mismo requisito debe cumplirse para el caso de que

ninguna de las obligaciones haya sido cancelada. Los documentos referidos no individualizan las prestaciones a que creían tener derecho quienes formulaban el reclamo, originadas del contrato de trabajo. Sin el cumplimiento de la formalidad prevista en el citado artículo 489, los reclamos de tales cartas no tuvieron el mérito de interrumpir la prescripción. Determinar los derechos objeto del reclamo, como lo manda el prementado artículo 489, significa hacer su relación, según la acepción gramatical del verbo, pues el vocablo expresa esta idea: **"fijar los términos de una cosa"**. La frase "prestaciones sociales" es indeterminada, pues se ignora si comprende todas las que establece la ley del trabajo o sólo parte de ellas. (Sala de Casación Laboral, 29 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 591, 1ª).

135

IRA E INTENSO DOLOR

(Art. 28. C. P.).

El artículo 28 del Código Penal dispone que "cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción".

La circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal se fundamenta en una situación de vindicta cumplida dentro de un estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

Es indudable que el estado de ira puede presentarse aun en aquellos casos en que la reacción no es simultánea con el hecho injusto provocador. Ese estado patológico puede ser interrumpido por un lapso de depresión (intenso dolor) del agente, para revivir posteriormente. La inmediatabilidad entre la provocación y la agresión no es indispensable. Se requiere, eso sí, que el culpable actúe en estado de ira. (Casación Penal, noviembre 22 de 1961. Tomo XCVII, pág. 502, 1ª).

J

136

JURISDICCION ARBITRAL

(Condiciones para que sea aplicable el artículo 1º, inciso 1º, del Decreto 2017 de 1952).

Ya había dicho esta Sala de la Corte (**Gaceta Judicial**, XCIII, 961 a 965) que para que tenga aplicación la norma del Decreto 2017 de 1952, al tenor de lo prescrito en el inciso 1º de su artículo 1º, se requiere el lleno de estas condiciones: a) Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso, hayan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir las controversias, y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral.

La convención colectiva no produce ningún efecto, al tenor del artículo 469 del Código del Trabajo, si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (artículo 481, ibídem). Aun aceptando que el acto de la constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del artículo 136 del Código de Procedimiento Laboral.

Se trata, como se ve, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazada por prueba distinta de la prescrita por la ley. (Sala de Casación Laboral, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 607, 1ª).

L

137

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA

Ante las deficiencias que presenta el cuadro probatorio del proceso, no es posible llegar a una conclusión distinta a la de que la con-

ducta del procesado en el caso de autos fue determinada por la creencia equivocada, pero razonable, de hallarse ante un peligro actual, grave e injusto, presupuestos que estructuran, en esencia, la justificante alegada por el recurrente, vale decir, una legítima defensa subjetiva o putativa. En otros términos: el procesado obró bajo el imperio del miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente, exagerado en su ánimo por la exaltación psíquica que en aquellos momentos padecía. Y "esa aparente proporcionalidad entre la agresión que se espera y la reacción con que se rechaza —ha dicho la Corte— es lo que otorga a la legítima defensa putativa la subjetividad que coloca la acción dentro de los presupuestos necesarios para la irreprochabilidad penal de la conducta, con base en un error esencial de hecho, que por no provenir de negligencia, indica que el agente obra **non contra jus**, esto es, sin antijuridicidad, comoquiera que está comprendido dentro del marco legal que el Código Penal establece en el ordinal 2º del artículo 23". (Casación. Sentencia del 20 de abril de 1961). (Casación Penal, diciembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 545, 1ª y 2ª).

138

LEGITIMACION EN CAUSA

(Distinción entre la personalidad de la sociedad y la de los socios).

La sociedad "Maderas del Opón Ltda." demandó al Departamento del Huila para que se condene al Departamento a indemnizar a la sociedad demandante, por causa del aprovechamiento definitivo hecho por el Departamento, de una carretera de propiedad particular de la sociedad antes expresada, por haberla construído con sus propios recursos, por la época en que solamente era sociedad de hecho. El representante judicial del Departamento, en uno de los apartes del alegato de conclusión en segunda instancia, pide a la Sala considerar la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante por carencia de interés jurídico, con fundamento en el hecho de que la sociedad "Maderas del Opón Ltda.", demandante en este juicio, no había nacido a la vida jurídica cuando se realizaron las obras referidas.

Para resolver la cuestión que plantea la excepción propuesta, la Sala ha de tener en cuenta que la demanda no ha sido dirigida por las personas que, asociadas o no de hecho, construyeron el camino carreteable, y consiguientemente tenían la titularidad de la acción incoada con anterioridad a la constitución de la sociedad convenida en la escritura pública respectiva, sino por la sociedad ya constituída, siendo así que formada una sociedad con los elementos que prescribe la ley ella reviste una personalidad jurídica con propia representación, que no es dable confundir con la singular de cada uno de los socios, ni con la sociedad de hecho que ellos hayan podido formar anteriormente, pues este último tipo de asociación carece de una personería jurídica distinta de la de las personas naturales que la constituyen; como tampoco puede confundirse la personalidad de éstas con la de una institución que la ley organiza como persona jurídica independiente y, como se ha expresado, con propia representación.

Si es necesario conocer el carácter en que un socio obró para saber si un acto ejecutado por él compromete su responsabilidad o la de la sociedad, con cuánta más razón debe distinguirse entre los actos realizados por los socios antes o después del pacto social para individualizar la titularidad de las acciones que nazcan de esos actos, toda vez que la sociedad constituída no se beneficia ni perjudica con los actos ejecutados por sus miembros antes de tener existencia como persona moral, a menos que haya asumido la responsabilidad consiguiente.

Supuesta, en el caso del pleito, la existencia de la sociedad de hecho entre A. y B., pero

careciendo tal sociedad de personalidad jurídica distinta de la de las personas naturales que concurrieron a formarla, eran dichas personas naturales las titulares del derecho que se pretende hacer valer en el juicio, no la sociedad "Maderas del Opón Ltda.", que para invocar ese derecho había menester que a título legítimo hubiera entrado en su patrimonio, y de la escritura constitutiva de la sociedad, no aparece que los dos socios —A. y B.— le hubieran transferido derechos en la vía ni en los terrenos en los cuales fue construída. De modo que la sociedad demandante no es la titular de la acción que ha ejercitado en este juicio, sino que esa titularidad corresponde a sus socios como personas naturales, lo que exime a la Sala de avanzar en el estudio de los demás elementos que la configuran, ya que el primero de tales elementos que ha de examinarse en el fallo es la legitimación en la causa, y que su falta hace innecesario entrar más a fondo en el litigio. (Sala de Negocios Generales, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 704, 1ª y 2ª).

139

LEGITIMACION VOLUNTARIA

(Es acto solemne con entidad propia, que debe notificarse al beneficiado).

De los hijos legitimados, como institución civil, trata el Título XI, Libro I del Código. También lo es el matrimonio, en conformidad con el Título IV del mismo Libro. Pero si para el matrimonio que "deberán celebrar todos los que profesan la religión católica" hay referencia formal a su celebración "de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento", no existe referencia igual en cuanto a la legitimación de los hijos, cuyos efectos civiles se rigen por las leyes comunes.

No sería posible confundir el matrimonio de los padres como condición necesaria para que la legitimación de los hijos se efectúe en todas las hipótesis, así sea **ipso iure** o voluntaria, con la legitimación en sí misma. Es de normal ocurrencia el matrimonio que procrea hijos legítimos, sin haber legitimado a ninguno. De donde la legitimación tiene entidad jurídica propia, emanada directamente de la ley, o sólo como consecuencia de la voluntad autónoma de los padres, quienes en este último supuesto pueden concederla o negarla a su albedrío, en conformidad con las normas civiles.

Cuando se trata de hijos concebidos antes y nacidos después del matrimonio, o de los hijos naturales de ambos cónyuges, de la prueba del hecho del nacimiento después de las nupcias, o del reconocimiento o declaración judicial eficaz en derecho, emerge la legitimación de los hijos por ministerio de la ley. Pero para los procreados con anterioridad al matrimonio, fuera de las dos hipótesis antedichas, la legitimación no surge sino de la declaración de voluntad de los padres que se casan; y entonces el medio **ad solemnitatem**, a un tiempo prueba del acto formal, no es otro que el acta de matrimonio o la escritura pública.

Se contempla así un acto solemne en ambas hipótesis de legitimación voluntaria. El acta de matrimonio y la escritura pública para llenar las formalidades **ad substantiam** se hallan equiparadas por el artículo 239 del Código Civil. Y tanto la una como la otra exigen elementalmente la firma de quienes otorgan un acto solemne de su espontánea voluntad. Para la escritura pública está prescrito por el artículo 2586, y para el acta de matrimonio por el artículo 135 del Código Civil.

De manera que en cuanto a la necesidad primordial de que el **acto** de legitimación en el **acta** de matrimonio vaya firmado por quienes lo otorgan, las doctrinas de la Corte acerca de lo dispuesto armónicamente por las Conferencias Episcopales de 1913 y 1927, no han hecho otra cosa que extraer lo que implícita, pero con bastante claridad, estatuye el artículo 239 en correlación con el 135 del Código Civil, cuando equipara el acta de matrimonio y la escritura pública para el cumplimiento de las solemnidades externas exi-

gidas **ad substantiam**, a fin de que el acto de legitimar hijos voluntariamente se perfeccione en derecho civil.

Manda, en efecto, el artículo 135, cuando organiza la celebración del matrimonio:

"En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el Juez y su Secretario; con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio".

Todo ello se corrobora por el artículo 240 al ordenar que el "instrumento público" en que la legitimación voluntaria se hace, debe notificarse al beneficiado. De suerte que como la aceptación expresa siempre es **solemne**, por instrumento público que necesariamente va firmado por el otorgante, y lo mismo sucede con la repudiación en su caso (243), que es lo subordinado, no cabe en simetría jurídica prescindir de la firma de los otorgantes en el lleno de la solemnidad para el acto de la legitimación, que es lo subordinante. (Casación Civil, noviembre 30 de 1961. Págs. 209, 1ª y 2ª y 210, 1ª).

140

LEYES CANONICAS

(Referencia de la ley civil a las leyes canónicas).

No es de competencia de la justicia civil la tarea de señalar hasta dónde se extiende la potestad legislativa de los señores Obispos en sus diócesis, o de las Conferencias Episcopales en cuanto respecta a toda la Iglesia en Colombia. Menos aún competería a los Jueces Civiles el papel de medir y valorar si las ordenanzas o decretos de los señores Obispos colombianos reunidos en asamblea para resolver sobre puntos que atañen a su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, están amparados y armonizan o pugnan con las leyes promulgadas para la Iglesia universal por autoridad de los Concilios Ecuménicos. Se invadirían los fueros de la Iglesia, cuya libertad e independencia de la potestad civil, con capacidad de gobernarse y administrarse por sus propias leyes, y de ejercer su autoridad espiritual y su jurisdicción canónica como persona jurídica, perfecta y soberana, de derecho público, se hallan garantidas por las leyes civiles y muy concretamente por la 35 de 1888, aprobatoria del Concordato con la Santa Sede, superior en rango y estabilidad a las propias leyes comunes.

En aquellas materias en que el Estado colombiano defiere a las normas canónicas, la referencia es simplemente formal o no recepticia, por cuanto rige el imperativo consignado en el artículo 3º del Concordato, como ya lo fuera por el 16 de la Ley 153 de 1887, de que "la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

De esta manera, como se halla explicado por la Corte en fallo de casación del 15 de mayo de 1954 (LXXVII, 2141, 579), el derecho eclesiástico no pierde su vida y entidad propias, ni sufre las interferencias del derecho civil como cuando se incorpora en este último por recepción material, a título de parte integrante de las leyes del Estado para seguir la suerte laica en su doctrina, jurisprudencia y campo de aplicación. Antes bien, las normas eclesiásticas conservan su propia autonomía, y el reenvío a ellas por la ley civil las respeta solemnemente, sin inmiscuirse en sus ordenamientos, y son aplicadas por las jurisdicciones del Estado para los casos determinados y en las materias previstas especialmente por la referencia formal no recepticia. (Casación Civil, noviembre 30 de 1961. Tomo XCVII, págs. 208, 2ª y 209, 1ª).

141

LIQUIDACION DE PERJUICIOS

(Demostración de los elementos probatorios adecuados).

Ni el Tribunal falló en contra de las pretensiones aducidas por las partes, ni tampoco

pudo condenar a una cantidad líquida porque careció de elementos probatorios adecuados para hacerlo, que no los suministró oportunamente la parte interesada. Luego dos de los pedimentos de la demanda, así formulados, no tienen consistencia como para invalidar el fallo recurrido. No hubo violación alguna de los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, ni del artículo 112 del Código de Procedimiento Penal, ni tampoco del 159 de la misma obra, porque la sentencia se ciñó estrictamente a ese texto, cumpliéndolo en la forma que las circunstancias indicaban.

El artículo 593 del Código Judicial sí que verdaderamente no r e s u l t a infringido en modo alguno, porque si no se apreciaron ciertas pruebas, fue por negligencia de la parte interesada en hacerlas producir cuando procesalmente tuvo oportunidad para ello. "Las normas —dice la Sala Civil de la Corte— que informan todo nuestro sistema probatorio indican que a los litigantes les corresponde determinar y elegir el modo legal que estimen conveniente para demostrar los hechos o actos jurídicos sobre que versa la materia de la controversia...".

Tampoco pudo violarse el artículo 553 del Código Judicial, porque a pesar de haber advertido claramente el Juez de la primera instancia que la liquidación de los perjuicios "habrá de hacerse ante el mismo Juez del juicio por los **trámites del artículo 553 del Código Judicial** (subraya la Sala), la parte civil constituída dentro del proceso penal desoyó esta oportuna advertencia y no hizo nada por producir la prueba que sirviera de base para condenar en concreto, es decir, por un quantum determinado, el valor de los perjuicios que pudo causar la infracción, ya que por no ser oficiosa la facultad para nombrar peritos que antes existía, y por no haber intervenido en ello el Ministerio Público, la única que podía hacerlo dentro de la ley era la parte interesada. (Casación Penal, septiembre 11/61. Tomo XCVII, pág. 308, 2ª).

142

LIQUIDACION DE PERJUICIOS

(Competencia Juez Penal).

En cuanto al procedimiento a seguir para la liquidación de los perjuicios a que se refiere la condenación en abstracto, ha dicho la Sala Plena de la Corte lo siguiente: "Como es desacertada por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por perjuicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez Penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena. Pues el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal enseña 'que son aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidos en el Código de Procedimiento Civil'. Y el artículo 550 de esta última obra establece que 'el juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia'. Pero, como en el caso de condena en abstracto, la regulación del **quantum** no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (art. 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez Penal que pronunció la condena el llamado a hacer la correspondiente regulación, y el Juez Civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente". (Sentencia del 6 de diciembre de 1951, Sala Plena. **Gaceta Judicial,** Tomo LXX, págs. 726 y ss.). (Casación Penal, septiembre 11/61. Tomo XCVII, pág. 309, 1ª y 2ª).

143

LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL

(En el juicio de separación total de bienes se pueden proponer excepciones, pero no en la liquidación, que es consecuencia de aquél).

La oportunidad que tuvo el recurrente para alegar la excepción de cosa juzgada fue la del juicio de separación total de bienes, que es contencioso, y en el cual la hizo valer, a punto que tanto el Juzgado como el Tribunal declararon expresamente que no estaba probada.

No cabe, por tanto, renovar esta cuestión dentro de las diligencias o juicio de liquidación de la sociedad conyugal, que es un efecto o consecuencia de aquél, que no es contencioso sino de jurisdicción voluntaria, en el cual la ley concede el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición, pero dentro de las causales que toquen con la liquidación y distribución de los bienes, no con las atinentes a la sentencia del juicio de separación de bienes, cuando éste ha sido un precedente necesario para afectar la segunda. El juicio especial de separación de bienes fue fallado por sentencia que se halla ejecutoriada, la cual por esta razón escapa a la casación, y contra ella no consagra este medio extraordinario de impugnación el artículo 519 del Código Judicial. (Casación Civil, noviembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 188, 1ª).

N

144

NULIDAD ABSOLUTA DE UN ACTO O CONTRATO

(Alcance del poder del Juez para declararla de oficio).

Cuando el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 autoriza para declarar de oficio las nulidades absolutas que aparezcan de modo manifiesto en el acto o contrato, le da al Juez una facultad excepcional que rebasa el sistema dispositivo en que está fraguado el procedimiento civil vigente, para adentrarse en el sistema inquisitivo. De esta facultad estricta no puede hacer uso el Juez sino cuando la nulidad resulta de la sola lectura del contrato, sin necesidad de acudir a otras pruebas; cuando el acto o contrato ha sido postulado como apoyo de la acción o de la réplica del demandado y, además, cuando figuran como partes en la controversia todas las personas que concurrieron a la celebración del negocio manchado de nulidad absoluta. De lo contrario, si el vicio absoluto no aparece de manifiesto en el acto o contrato, no puede declararse, y el pronunciamiento de la nulidad se subordinaría a lo que habiendo sido pedido, resulte probado; si la nulidad no encuentra apoyo en el **petitum** de la acción, ni en las defensas de la oposición, excede la relación procesal y la sentencia no podría reconocerla; y si no son parte en la controversia todas las personas que concurrieron a la formación del acto, la nulidad declarada sin la intervención de todos dejaría sin oportuna defensa a los que estuvieron ausentes del juicio, lo que es contrario al orden público. (Casación Civil, septiembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 59, 1ª y 2ª).

145

NULIDAD

(Audiencia pública).

Si como lo dispone el artículo 475 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 149, ibídem, de todo lo sucedido en la audiencia pública el Secretario extenderá un acta debidamente detallada, que firmará el Juez, el Secretario y las demás personas que hayan intervenido en aquélla, la cual acta antes de ser firmada será leída íntegramente a los que deben sus-

cribirla, a fin de que si alguno tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, lo haga constar en tal oportunidad, diligencia que de conformidad con el artículo 151 de la misma obra "hace plena fe mientras no sea tachada de falsedad y probada su tacha", no se alcanza a comprender por qué en dicha oportunidad no dejó el defensor su protesta por la violación de los fueros de la defensa, consignando entonces los hechos en que aquélla consistía. Habría sido tal ocasión propicia a los reparos que luego formuló a la conducta del Juez y que aprovecha ahora para impugnar la nulidad del proceso. Habría sido, también, el momento en que una explicación del funcionario y de los miembros del Jurado sobre la informalidad anotada por la defensa aclarara la situación surgida. (Casación Penal, noviembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 475, 2ª).

146

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Igualmente la nulidad constitucional, como ha sido doctrina constante de esta Sala, requiere para que prospere que resulten violados derechos y prerrogativas señalados en las normas de procedimiento en beneficio del sindicado, o que se atente contra las disposiciones que regulan las formas propias del juicio, que por ser de orden público, su incumplimiento lesiona los intereses de la justicia misma (véase, entre otros, los fallos de 15 de diciembre de 1950, G. J., T. LXVIII, p. 827; de 11 de julio de 1952, G. J., T. LXXII, p. 677; de 23 de enero de 1953, G. J., T. LXXIV, p. 150; de 7 de diciembre de 1955, G. J., T. LXXXI, p. 874; de 24 de noviembre de 1953, G. J., T. LXXVI, p. 799; de 10 de noviembre de 1955, G. J., T. LXXXI, p. 813, y de 19 de julio de 1956, G. J., T. LXXXIII, p. 310). (Casación Penal, noviembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 446, 1ª).

147

NULIDAD CONSTITUCIONAL

(Decreto 012 de 1959).

Naturalmente al considerar el Tribunal Superior pertinente el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, aun para el delito de falsedad en documentos (incurriendo en el mismo yerro en que cayó el **a quo**), se encontró imposibilitado para declarar la nulidad a que se ha hecho referencia en razón de lo dispuesto por el artículo 22 de dicho estatuto, según el cual no pueden alegarse otras causales de nulidad distintas de la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería, en el querellante. Y es esta otra razón para afirmar que el yerro del **ad quem**, al aplicar las previsiones del Decreto 012 de 1959 en este asunto, afectó el derecho de defensa del procesado, pues hizo impertinente la declaratoria de nulidad ya señalada, que al Tribunal Superior correspondía hacer. (Casación Penal, noviembre 2/61. Tomo XCVII, pág. 424, 2ª).

148

NULIDAD

(Decreto 014 de 1955. — Incompetencia de jurisdicción).

Como el artículo 49 del Decreto 014 de 1955 dispone que "de los procesos que se adelanten por los estados de especial peligrosidad, conocerán las mismas autoridades que conocen en la actualidad de los estados antisociales previstos en la Ley 48 de 1936", esto es, las de Policía, es indudable que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción (ord. 1º del art. 198 de C. de P. P.). (Casación Penal, octubre 23/61. Tomo XCVII, pág. 405, 1ª).

149

NULIDAD

(Ord. 8º del art. 198 del C. de P. P.).

Sabido es que el fin de la ley es la suprema guía para interpretarla. Así, cuando el legislador instituyó en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal la causal de nulidad, consistente en haberse incurrido en error relativo al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, lo que fundamentalmente quiso evitar, en el primer supuesto, es que por falta de una plena identificación del culpable cargue un inocente con el delito cometido; y, en el segundo, que (caso del homicidio, por ejemplo) aparezca como muerto quien en verdad está vivo.

Por ello ha dicho la Corte que "para que pueda declararse nulidad por haberse incurrido en error relativo a la persona del ofendido, es indispensable que no pueda obtenerse su identidad física, porque como se dijo del sindicado, 'el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales'. Lo que es absolutamente necesario es que se conozca a la víctima con toda certidumbre para que se establezca la relación de causalidad entre el hecho y su autor, y pueda determinarse cuál es el delito y la responsabilidad del sindicado". (Casación Penal, noviembre 15/61. Tomo XCVII, pág. 493, 1ª).

150

NULIDAD POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO

(El concepto de inexistencia no coincide ni se confunde con el de nulidad).

En desarrollo del principio de que nadie puede ser juzgado sin antes ser oído, la ley ordena poner en conocimiento del demandado el escrito en que se le cita a juicio. Esta notificación de la demanda es un acto que se encamina a constituír la relación jurídico-procesal entre las partes, y a habilitar al Juez para asumir la dirección de la litis y pronunciar en ella una decisión de fondo. Es innegable que mientras no se notifique la demanda al reo tampoco se forma regularmente entre éste y el actor la relación expresada. La omisión de ese requisito de la notificación de libelo constituye un vicio de tal entidad que los propios textos legales lo sancionan con la invalidez de la actuación posterior, precisamente porque él entraña el desconocimiento del derecho de defensa. El artículo 448 del Código Judicial dispone, en efecto, que es motivo de nulidad en todos los juicios "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". Esta misma sanción de la nulidad denota que el proceso afectado de aquel vicio no puede considerarse como inexistente o como un no acto, sino como una actuación que subsiste mientras no se declare su invalidez. El concepto de inexistencia no coincide ni se confunde con el de nulidad, de modo que donde la ley habla de invalidez no puede entenderse que se refiere a la inexistencia. Si el Código Judicial estatuye que la falta de citación o emplazamiento produce nulidad en el juicio, no es dable comprender que el efecto de ese vicio sea la inexistencia de hecho del proceso respectivo.

Y aún hay más: la ley regula el modo de declarar las nulidades procesales y autoriza, en algunos casos, la convalidación expresa o tácita de la actuación viciada. Así, verbigracia, el inciso final del artículo 450 del Código Judicial deja ver que la nulidad por falta de citación o emplazamiento se sanea en forma implícita cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, intervienen en el juicio sin reclamar la declaración de invalidez. Y del contexto de los artículos 455 y 460, ibídem, se infiere que los curadores **ad litem** de los litigantes ocultos o inciertos pueden, en cualquier momento del proceso, convalidar de manera expresa la misma nulidad mencionada. Lo cual demues-

tra que la suerte del juicio afectado del vicio que se anota, depende de modo exclusivo de la voluntad de la persona que no fue citada o emplazada, debiendo serlo. (Casación Civil, noviembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 177, 1ª y 2ª).

151

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

(Es reclamable en casación por la causal 6ª, no por la 1ª).

La tacha por infracción directa, como se desprende de los términos del artículo 520 del Código Judicial, toca con la ley sustantiva referente a la relación jurídica planteada en el debate, no con la ley atinente a la jurisdicción o competencia de los falladores, cuya violación tiene su enmienda en otras causales de casación.

Si se observa que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal regula la manera de proceder el Juez Civil, en cuanto le ordena suspender el pronunciamiento hasta que en el negocio penal se profiera sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, cuando estos proveídos puedan tener influencia en la solución del juicio civil, resulta que lo que en definitiva se consagra es una suspensión de jurisdicción, que, según doctrina de la Corte, va desde la citación para sentencia en adelante. Esta suspensión se traduciría en una nulidad por incompetencia de jurisdicción, al tenor del artículo 448, ordinal 1º del Código Judicial, reclamable en casación por la causal 6ª del artículo 520, ibídem, no por la 1ª. En efecto, el artículo 147, ibídem, dice que la jurisdicción se suspende: "4º Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes". Aquí sería por mandato del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, como se suspendería al Juez la jurisdicción o facultad de decidir el pleito civil en que se cumplan los supuestos que establece el inciso segundo del mismo precepto. El yerro del fallador no sería en tal situación **in judicando** sino **in procedendo**, que tiene su enmienda, en casación, por la causal 6ª no por la 1ª. (Casación Civil, septiembre 6 de 1961. Tomo XCVII, pág. 46, 1ª y 2ª).

152

NULIDAD

(Pretermisión instancia).

El Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia impugnada, cambió la calificación de falsedad en documentos señalada en el fallo del **a quo**, para condenar al procesado por abuso de confianza (art. 415 del Código Penal), ciñéndose en el trámite de la segunda instancia a las previsiones del Código de Procedimiento Penal, salvo en lo que señala el inciso segundo del parágrafo del artículo 19 del Decreto 012 de 1959, atendiendo a lo que indica el artículo 16 de este estatuto.

Si se considera que no puede el **ad quem** pretermitir la primera instancia seguida en el caso de autos por el delito de falsedad en documentos, para el cual no son pertinentes los trámites del Decreto 014 de 1955, ni los del Decreto 012 de 1959, según se dejó visto, sino las normas del Código de Procedimiento Penal, en el que se prevé, entre otras normas, la del llamamiento a juicio del procesado (art. 429), es claro que el **ad quem** no podía condenar por el delito de abuso de confianza en un proceso en que se había proferido sentencia de primera instancia, por el delito de falsedad en documentos. (Casación Penal, noviembre 2/61. Tomo XCVII, pág. 424, 1ª).

153

NULIDADES

(Proceso penal).

"Las nulidades...", ha dicho la Corte..., "se establecen con la finalidad exclusiva de

favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es procedente en los casos en que se hallen conculcados o supeditados los derechos de éste, por acciones u omisiones de la ley; pero cuando esa acción u omisión no menoscaba los derechos del sindicado, ni los de la justicia, ni los de la sociedad, no es pertinente su declaratoria, porque lejos de corregir un error, se caería en un abuso más grave, en perjuicio de los intereses de la justicia, de la sociedad y del propio sindicado, que en nada se beneficiaría con la declaratoria de nulidad". (Cas. de 18 de julio de 1945, G. J., LIX, p. 962, y fallo de 5 de septiembre de 1952, G. J., T. LXXIII, p. 449). (Casación Penal, noviembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 446, 1ª).

154

NULIDADES

(En el sumario).

Con relación a las nulidades en el sumario la Corte, en providencias de 4 de agosto de 1948 (G. J., T. LXIV, p. 538), y de 15 de noviembre de 1949 (G. J., T. LXVI, p. 763), "en el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales, y se refieren a la incompetencia de jurisdicción o a la ilegalidad de la personería del querellante, cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tomarse en cuenta".

Es cierto que las ampliaciones del sumario, ordenadas en este proceso, violan lo previsto en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto ellas, cuando hay sindicado detenido, sólo pueden ordenarse por una sola vez. Pero no toda irregularidad acarrea la sanción de nulidad de lo actuado en los procesos penales. Unicamente "cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los Jueces de la República" (sentencia de 5 de febrero de 1947, G. J., T. LXII, p. 511), cabe admitir que se cuenta con razón para anular el proceso, por violación de las garantías constitucionales que rigen el trámite de los negocios que se adelanten ante la jurisdicción penal (art. 26 de la Carta). (Casación Penal, noviembre 7 de 1961. Tomo XCVII, págs. 446, 2ª y 447, 1ª).

155

NULIDADES PROCESALES

(Actividad in procedendo y recurso de casación en materia laboral).

Entiende el recurrente que los testimonios recibidos defectuosamente entrañan una declaración tácita de nulidad, sin que para tal fin se hubiera observado el artículo 455 del Código Judicial. A lo cual observa la Sala: en el proceso no hay declaraciones tácitas de nulidad, para lo cual se requiere, en todo caso, decreto judicial. Cuando ocurren vicios de forma en la actuación capaces de comprometer la legalidad del juicio, procede la declaración de nulidad, siempre que el defecto haya sido erigido por la ley en motivo que dé lugar a un pronunciamiento en tal sentido, lo cual puede hacer el Juez de oficio, o por denuncio de la parte a quien se concede derecho para pedirlo. Las causales que afectan la validez del proceso civil las establece el artículo 448 del Código Judicial, aplicable al Laboral, y según la jurisprudencia son taxativas. Por otra parte, no se trata de que la sentencia acusada haya apreciado declaraciones recibidas irregularmente, extremo en que quizá podría caber censura contra ella, a vista de lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral, sino de la situación contraria, esto es, la de su desestimación por no haberse dado cumplimiento a la citada norma, conducta ajustada a lo que en esta

blece y a los poderes de dirección del proceso que al Juez concede el artículo 48, ibídem. A lo expuesto se debe agregar lo siguiente: la actividad de la autoridad judicial **in procedendo** no influye en casación laboral, pues el control que ésta ejerce se limita a la ley sustantiva. Basta esta sola consideración para estimar fuera de lugar toda la exposición del recurrente sobre la cuestión procesal de que se hace mérito. (Sala de Casación Laboral, 25 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 622, 1ª).

◎

156

OBLIGACIONES DE HACER

(Recursos procesales con que cuenta el acreedor).

La ley ha conferido derechos al acreedor de una obligación de hacer para exigir y asegurar el cumplimiento del crédito contraído por el deudor. Y el no pago del prometimiento origina los derechos consagrados en el artículo 1610 del Código Civil, pues conforme a esta disposición, si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, "podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho prometido. 2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo efectuar por un tercero, a expensas del deudor. 3ª Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la ineficacia del contrato".

En desarrollo de la anterior norma sustantiva, el Código Judicial consagra procedimientos para tutelar el derecho del acreedor, en cuanto al cumplimiento coactivo de las alternativas que allí se le ofrecen. Y, en consecuencia, puede aquél recurrir a las vías procedimentales señaladas en los artículos 990 y 991 del Código Judicial, que le permiten exigir la ejecución forzosa de una obligación de hacer, cuando ella provenga de un título que presta el mérito determinado en el artículo 982, ibídem, o a que da lugar una sentencia dictada en juicio contradictorio. En el primer caso, el mandamiento ejecutivo debe contener la prevención de pago, y si no se ejecutare oportunamente aquél, la obligación se convertirá en la de resarcir los perjuicios, estimados por el acreedor bajo juramento; en el segundo evento, la ejecución será desde el principio para que se cubra la cantidad en que el acreedor ha estimado los perjuicios o a que la cláusula penal se refiere y de los intereses que se causen hasta el día del pago.

También puede el acreedor, en tratándose de la ejecución del hecho debido, recurrir al procedimiento especial regulado por los artículos 971 a 974 del Código Judicial, normas que abren estas vías para lograr la efectividad de una obligación de tal naturaleza, a saber: pedir al Juez que autorice al acreedor para que él mismo pueda ejecutar el hecho a costa del deudor; pedirle que autorice al acreedor para hacer ejecutar el hecho por un tercero, también a expensas del deudor. De otra parte, puede solicitar el acreedor, cuando el hecho debido consista en la suscripción de un documento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, es decir, en tratándose de hechos jurídicos personalísimos del deudor, y cuya ejecución dependa sustancialmente de la voluntad de éste, que el Juez proceda por sí mismo a nombre de aquél, mediante el proceso de ejecución regulado por la Ley 66 de 1945, que tiene como finalidad la de perseguir el cumplimiento de una obligación preestablecida.

De otro lado, cabe agregar que la promesa bilateral de contrato y la unilateral aceptada otorgan al acreedor las acciones alternativas del artículo 1546 del Código Civil, que le permite por la vía ordinaria pedir el cumplimiento del contarto —cuando éste es jurídicamente posible— y la indemnización de perjuicios moratorios, o bien promover la acción resolutoria del convenio sobre promesa y la

conducente a que se le resarza del daño que la resolución le ocasione. Mas conviene advertir que cuando se acude a esta vía ordinaria, ha dicho la doctrina que la acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de las dos principales que la ley concede alternativamente para resolver el contrato o hacerlo cumplir, por lo cual no procede su ejercicio aislado. Pero a este respecto debe añadirse que la acción de reparación puede deducirse como principal, en juicio ordinario, cuando ha llegado a ser imposible la exigencia de resolución o cumplimiento del contrato por culpa del deudor, o cuando de conformidad con lo consagrado en el artículo 1610 del Código Civil (regla 3ª), el acreedor opta por la simple reparación. Claro que la acción de reparación de perjuicios puede ejercitarse de modo principal por la vía ejecutiva, en los casos en que a ello hubiere lugar y en tratándose de la efectividad de obligaciones de hacer, según ya se indicó. (Sala de Negocios Generales, 28 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 759, 1ª y 2ª. y pág. 760, 1ª).

157

OBLIGACION DE SUSCRIBIR UN INSTRUMENTO

(Vías procesales que puede elegirse contra el renuente a cumplir su obligación de otorgar la escritura).

Se pregunta: ¿En tratándose del cumplimiento de una obligación de hacer, cuya prestación tenga por objeto la suscripción de un instrumento por parte del deudor, es único medio para alcanzar la efectividad del hecho debido el juicio especial de que trata el Título 31 del Libro 2º del Código Judicial, o puede exigirse también su cumplimiento a través de la ejecución del fallo respectivo con que finaliza el juicio ordinario donde se ventiló la existencia de aquella obligación?

La Corte, en sentencia de casación proferida el 16 de marzo de 1953 (G. J. LXXIV, 395 ss.), señaló el alcance que debe dársele a la norma del artículo 1º de la Ley 66 de 1945, en relación con el punto antes planteado, al expresar en sus apartes fundamentales:

"La legislación anterior a la Ley 66 de 1945, no había previsto que pudiera suplirse, dentro de una sana economía procesal, la voluntad de un obligado renuente, cuya obligación tuviera por objeto nada más que otorgar un instrumento; prestación que, como es obvio, resulta susceptible de cumplimiento directo o, como si se dijera, **en especie.** Entonces, con el mismo criterio con que el Código Civil suple la falta de voluntad del deudor, cuyos bienes se rematan, o venden por ministerio de la justicia, en el acto jurídico de la correspondiente tradición (C. C., art. 741, inciso 3º), con la ficción jurídica de que el Juez lleva su representación legal (y se dice ficción porque se trata de una representación fuera de toda idea de incapacidad legal o de mandato, únicas fuentes reales de la misma), así también el legislador ha podido ordenar que el Juez reemplace al deudor, cuya obligación consiste solamente en emitir un documento público o privado, cuando aquél pretenda negarse a eso específicamente.

"Y por cuanto el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 vino a colmar ese vacío de la legislación anterior, de manera implícita completó tanto la tramitación del procedimiento especial regulado por todo el Título 31 del Libro 2º del Código Judicial..., cuanto, en forma muy sabia por lo práctica, las disposiciones relativas a la **ejecución de las sentencias.**

"Porque en el caso de que se haya seguido un juicio ordinario o declarativo que verse sobre la obligación de otorgar un instrumento público, no se ve la razón para reservar la ejecución sometiéndola a nuevo trámite separado, en juicio especial, cuando las partes son las mismas, y entre ellas se declaró la obligación por las más amplias del juicio ordinario.

"De ahí que el artículo 550 del Código Judicial exprese: En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio,

la ejecución de aquél corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia.

"Ahora bien, para saber si la ejecución de un fallo requiere o no de otro juicio aparte, basta atender a la naturaleza del proceso. Si la acción tiende a que se reconozca un derecho, cuya obligación correlativa es susceptible de cumplimiento **en especie,** o sea, en vía directa, estaría de más la tramitación del juicio ejecutivo, que sólo sirviera para llevar a la práctica aquella decisión...

"Por tanto, cuandoquiera que se presente la necesidad de cumplir con una obligación de hacer, cuya prestación tenga por objeto suscribir un instrumento y nada más, se puede acudir al Juez para que supla la voluntad del renuente, ya sea por medio de un juicio especial, como el que se tramita, de acuerdo con el Título 31 del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil, ya sea a través de la ejecución del respectivo fallo con que finaliza el juicio ordinario donde se ventiló la existencia de aquella obligación". (Sala de Negocios Generales, 28 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 760, 2ª; pág. 761, 1ª y 2ª).

P

158

PARTICION

(En casación no se pueden proponer nuevas objeciones).

Repetidas veces ha dicho la Corte que no pueden presentarse nuevas objeciones a la partición dentro del recurso de casación concedido contra la sentencia aprobatoria de ella, ya que, no habiendo sido formuladas en la oportunidad procesal, no pudieron ser consideradas por los Jueces de instancia, y por lo mismo escapan al control de la casación. (Casación Civil, noviembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 189, 2ª).

159

PERTENENCIA

(La vía por emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar).

Cuando los hechos demuestran que el pretendido prescribiente se encuentra colocado en situación incompatible con la ignorancia, acerca de la certeza y denominación individual de las personas contra quienes la prescripción haya consumado su efecto extintivo, no le es permitido el empleo de la vía emplazatoria general, no predicable conforme a derecho sino "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, contra los cuales se pueda alegar la prescripción". Ha de emplearse entonces necesariamente la vía ordinaria con citación de quienes como presupuestos interesados deben ser oídos y vencidos en juicio contradictorio; quienes por ministerio de la Constitución y la ley están vinculados al proceso declaratorio de pertenencia. De otra manera la actuación queda hecha al vacío, por ser preteridas las personas ciertas que por mandato expreso de la ley y por pasiva están llamadas a contradecir la acción. Si no se les cita, el juicio queda privado de eficacia, y el pronunciamiento sin su audiencia, mal puede afectarlas y menos en despojo de la legitimación activa que tienen para demandar la nulidad integral de lo actuado a espaldas suyas (457, C. J.).

La acción de nulidad a favor de tales personas vinculadas legalmente al proceso declaratorio de pertenencia, surge con claridad de que la vía por emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar, contra los cuales se pueda aducir la prescripción. Y porque el fallo dictado por ese procedimiento emplazatorio produce, por excepción, cosa juzgada **erga omnes,** la teoría de la inoponibilidad es inconducente al amparo adecuado del dere-

cho de defensa de quienes por ley debieron ser citados personalmente al juicio. El remedio en justicia consiste en evitar que la sentencia les perjudique como a todo el mundo, y de ahí aparece notorio el interés jurídico que los titulariza para ejercer la acción de nulidad del proceso en que debieron ser oídos nominativamente y, sin embargo, recibieron el tratamiento de personas desconocidas o inciertas. (Casación Civil, noviembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 162, 2ª).

160

PERTENENCIA

(Procedimientos que admite la acción. — No son de elección libre por el prescribiente).

La declaración judicial de pertenencia por prescripción adquisitiva admite dos procedimientos: a) juicio ordinario con la persona o personas contra quienes se pretenda hacerla valer, y b) en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, por medio de juicio con traslado de la demanda al Ministerio Público, que tendrá el carácter de parte, y emplazamiento "a todos los que se crean con algún derecho sobre el inmueble de que se trate" (4º y 7º, Ley 120 de 1928).

Si organizada de esa suerte la acción de pertenencia, en el poseedor que ha ganado el dominio por el transcurso del tiempo hay apreciable ventaja en poder tomar la iniciativa para conseguir o perfeccionar titularidad inscrita, en vez de hallarse sometido al trance eventual y pasivo de invocar en su defensa la prescripción contra quien por pretenderse dueño reivindica, esa posición ventajosa no llega hasta el punto de que a su albedrío pueda triunfar indistintamente por cualquiera de las dos vías legales aptas para pedir la declaración de pertenencia. Es necesario que en concreto el camino elegido cumpla precisamente las condiciones predeterminadas por la ley para la operancia y eficacia plena de la acción. (Casación Civil, noviembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 162, 1ª y 2ª).

161

PETROLEOS

(El presupuesto procesal de la demanda en forma).

En un largo alegato, el Procurador 2º Delegado en lo Civil, expresamente solicita a la Sala el estudio de algunos presupuestos procesales que, en su concepto, no se han llenado en este juicio. Afirma que el actor se equivocó en el ejercicio de la acción sustancial, porque en lugar de suplicar la declaración de ser de propiedad privada el subsuelo petrolífero del predio, las hechas en el libelo "tienen relación únicamente con el suelo del globo de terreno denominado 'Potrero Grande', y están dirigidas exclusivamente a que se declare en la sentencia: que salió legalmente tal globo de tierra del dominio del Estado en virtud de título emanado de éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873...". No sería la acción de dominio respecto del subsuelo petrolífero, sino otra de diverso contenido, la que habría ejercitado el actor; de donde deduce, en orden lógico, la falta de competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte para conocer del litigio y, como secuela mediata, el haberse seguido un procedimiento distinto al previsto por la ley para la acción realmente ejercitada, el cual, en sentir del mencionado funcionario, sería el ordinario de dos instancias: ante el Tribunal y ante la Corte.

Insiste en que los presupuestos procesales debe estudiarlos el Juez en forma oficiosa, antes de referirse al fondo de la controversia; los enumera para referirse en forma especial a la capacidad para ser parte, a la capacidad procesal y a la demanda en forma; y en fin, como una premisa de sus posteriores argumentos, sostiene que las peticiones claras y nítidas de una demanda no pueden ser objeto

de interpretación alguna; y así, las del actor, en este proceso, no la admiten porque no contienen ninguna petición ambigua, oscura o dudosa.

En consecuencia, de lo que se deja expresado, esta Procuraduría solicita que al decidir este asunto la Corte, previamente haga examen de si se han configurado o no los presupuestos procesales indispensables para que pueda pronunciarse en el fondo; y en este campo declare que los presupuestos de demanda en forma y de competencia de la Sala de Negocios Generales de la misma Corte para conocer de la acción incoada en la forma en que lo fue, no existen. Y así no puede resolver el asunto debiendo declararse inhibida para ello por la carencia de esos presupuestos.

Considera la Sala:

La acción de dominio sobre el subsuelo petrolífero no puede ejercitarse directamente ante la Rama Jurisdiccional, sino que ha menester de una etapa prejudicial o administrativa, prevista en los artículos 34, 35 del Código de Petróleos y en el Decreto número 3050 de 1956, que se cumplen en forma diferente, según que el presunto propietario del subsuelo tome la iniciativa, o bien haga oposición a la propuesta del contrato presentada por un tercero.

En el primer caso, reglamentado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, el presunto propietario del subsuelo, para explotar el petróleo, debe dar aviso al Ministerio de Minas y Petróleos, con el fin de obtener el correspondiente permiso, si los títulos presentados fueren suficientes, en cuyo caso carece de interés jurídico para promover acción alguna. En cambio, si los títulos no los considera suficientes, el Ministerio "enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, mediante el procedimiento señalado por el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos juicios, resuelva definitivamente si del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos materia del aviso. Mientras tanto no se podrá emprender en la exploración o explotación proyectadas. El aviso hará las veces de demanda.

"Si el fallo fuere favorable a la Nación, el interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectada; en caso contrario podrá emprenderlas".

En el otro supuesto, reglamentado en el artículo 34 del Código de Petróleos, con las modificaciones de los artículos 1º y 2º del Decreto número 3050 de 1956, la oposición a la propuesta de contrato puede surgir con ocasión de las siguientes hipótesis o situaciones de hecho: a) cuando el dueño del subsuelo "hubiere obtenido reconocimiento definitivo de su propiedad, de acuerdo con la ley", o sea, pueda exhibir la sentencia mediante la cual se hubiese hecho la declaración sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero de la respectiva zona; b) cuando el área de la nueva propuesta se superpone a la de otro contrato o propuestas anteriores, y c) cuando la oposición a la propuesta de contrato se formula con un presunto o incierto propietario del subsuelo petrolífero.

En los dos primeros casos (a y b), el Ministerio de Minas y Petróleos resuelve, provisionalmente, la oposición; y si la decisión fuere adversa a los opositores, "por no haberse podido constatar la superposición, se ordenará la celebración con el nuevo proponente del correspondiente contrato de exploración y explotación de petróleo...", sin perjuicio de los derechos de las personas citadas, quienes podrán, previa oposición o sin ella, establecer después la superposición de las áreas, único objeto de la posterior controversia. (7º aparte del artículo 1º del Decreto 3050 de 1956).

La oposición del presunto o incierto dueño del subsuelo está reglamentada en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, la cual ya no ha menester presentarla ante el Ministerio del ramo, sino directamente ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, mediante juicio ordinario de única ins-

tancia, promovido "dentro del año siguiente a la publicación en el "Diario Oficial" del extracto de la propuesta... para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la propuesta...", en todo o solamente en una parte.

Esta controversia presupone, en primer término, la existencia, como un acto prejudicial, de una propuesta de contrato para exploración y explotación del subsuelo; en otras palabras, no puede proponerse la acción en forma independiente de una anterior propuesta de contrato, que viene a predeterminar el objeto del litigio, tanto en sus premisas como en la conclusión o parte petitoria de la demanda.

En efecto, según ocurre en todo litigio, la demanda está integrada o edificada sobre un silogismo, en el cual la premisa mayor se forma con la respectiva disposición legal; la menor con los hechos que el actor debe invocar y determinar en el libelo y probar en el juicio; y la conclusión que estará integrada por las declaraciones o condenas impetradas por aquél. Así en los litigios sobre la propiedad de los petróleos, el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953 dispone: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal..."; ahora como en la demanda del caso en estudio se afirma que "el predio de que trata el hecho anterior, hacía parte de terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", se concluye que "es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos" determinados en el libelo.

Es evidente que en la demanda presentada por el apoderado del actor, en el **petitum**, no se suplicó la declaración de ser de propiedad particular el petróleo del predio alinderado, sino la de que "salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", vale decir, se insertó como petición el hecho tercero de la demanda; sin embargo, esta circunstancia ni cambia la naturaleza de la acción sustancial deducida en juicio, para modificar la competencia del juzgador, ni afecta tampoco a la parte formal o adjetiva del libelo, aun en el supuesto de que se considere incompleta la súplica.

De otra parte, no existen términos sacramentales para hacer las peticiones de la demanda; por tanto, si la verdadera conclusión se deduce de la premisa formulada como súplica, basta para que el juzgador, no por interpretación sino por los términos expresos del libelo, haga la declaración procedente, tanto más que en esta clase de controversias el **petitum** o pretensión de las partes está predeterminado por la ley, como se lee en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, que fija el objeto del juicio ordinario de única instancia, promovido ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, "para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad particular el petróleo que se encuentra en los terrenos materia de la propuesta..."; por tanto, bastaría que el actor en la demanda, manifieste que se opone a la propuesta de contrato para la exploración o explotación del petróleo en una zona determinada, además de aducir los hechos conducentes, para que se entienda que el verdadero objeto del litigio es la decisión sobre la propiedad del subsuelo.

Además, aun cuando la petición formulada en la demanda se refiere a un **hecho**, sin embargo, debe tenerse en cuenta que su declaración implica una relación de derecho, pues regula o determina la propiedad del subsuelo petrolífero, en virtud de haber salido la propiedad del suelo del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, porque no existe un título directo sobre el subsuelo, como lo sugiere el Procurador Delegado, sino que accede a la del suelo en las condiciones señala-

das en el artículo 5º del Decreto número 1056 de 1953, que prohijó la debatida doctrina admitida por la Corte en el año de 1919.

En consecuencia, no faltan los presupuestos procesales de "demanda en forma" y de "competencia" enunciados por el Procurador Delegado, porque ni esta Sala resulta incompetente para conocer del litigio, ni al juicio se le ha dado una tramitación distinta a la prevista en el Código de Procedimiento Civil. (Sala de Negocios Generales, 16 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 746, 1ª y 2ª; pág. 747, 1ª y 2ª).

162

PETROLEOS

(Identificación de predios mercedados. Títulos primitivos y títulos otorgados entre particulares).

Según el artículo 36 del Código de Petróleos, en los numerales a) y c), la propiedad del subsuelo debe considerarse como particular, si los predios citados en los títulos originales pueden identificarse, no sólo con los descritos en la demanda, sino de modo primordial sobre el terreno, lo cual presupone ubicarlos en un sector o territorio determinado, mediante las lindes fijadas en aquellos títulos, pues, si así no ocurre, no puede determinarse el objeto mismo del juicio, o sea, la propiedad de un cuerpo cierto que salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873. En este juicio, todas las mercedes que se relatan en los documentos que obran en autos como títulos originales, carecen del indispensable requisito de una alinderación satisfactoria que permita identificar, sobre el terreno, las parcelas mercedadas o compradas a las autoridades coloniales.

Y debe agregarse que los títulos otorgados entre particulares, antes o después del 28 de octubre de 1873, en ningún caso pueden colmar los vacíos de los títulos primitivos, en cuanto a lindes concierne, sino únicamente a aclarar alguna duda sobre algún punto de referencia o por el transcurso del tiempo, hubiese cambiado de nombre u oscurecido su exacta ubicación, mas no para singularizar o determinar las mercedes cuyas lindes no se indicaron en los documentos primitivos; porque aquellos contratos celebrados entre particulares no pueden afectar los derechos del Estado, como tercero en aquellos pactos. (Sala de Negocios Generales, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, págs. 697, 1ª y 698, 1ª).

163

PETROLEOS

(Objeto propio de los litigios de esta clase).

En lo tocante al objeto de estos litigios sobre petróleos, se observa que en el caso de autos la parte actora comienza por solicitar que se declare que los dos lotes de terreno que describe por sus linderos, salieron del dominio del Estado en virtud de un título anterior al 28 de octubre de 1873, o "de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras"; sin embargo, el exacto objeto de estos litigios, en los cuales se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato, se contrae a obtener la declaración de que el subsuelo de los predios, debidamente alinderados, es de propiedad particular en cuanto atañe a la extracción del petróleo, con fundamento en el **hecho** de haber salido en virtud de un título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873, el cual, como **hecho**, debe probarse plenamente, mas no ha menester de especial declaración. (Sala de Negocios Generales, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 692, 1ª).

164

PETROLEOS

(Término especial de caducidad de la acción en lo referente a los yacimientos situados en terrenos aledaños a la Concesión de Mares).

La Ley 165 de 1948, en su artículo 1º, facultó al Gobierno para promover la organización de una empresa colombiana de petróleos con participación del Estado y del capital privado nacional y extranjero, o del Estado

y el capital privado colombiano de no obtenerse la participación del extranjero, y aun como empresa exclusivamente oficial si no fuere posible organizarla como empresa de economía mixta.

La misma ley, en su artículo 5º, dispuso: "Autorízase al Gobierno para contratar con la empresa que se funde de conformidad con la presente Ley la concesión del servicio público consistente en la administración y explotación de los campos petrolíferos, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento y, en general, de todos o parte de los bienes muebles o inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes y contratos vigentes sobre petróleos, así como la explotación y administración de los campos petrolíferos aledaños a las concesiones que reviertan a la Nación, de los oleoductos de propiedad de la misma, y la construcción de refinerías y estaciones de abastecimiento".

El Decreto número 30 de 1951, expedido en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 165 de 1948, creó la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), como empresa autónoma de carácter oficial. Ese mismo Decreto, en su artículo 2º, le otorgó la concesión del servicio público a que se refiere la primera parte del artículo 5º de la Ley 165, esto es, el relativo a los yacimientos e instalaciones de la Concesión de Mares que habían de revertir al Estado; y lo mismo hizo el artículo 1º del Decreto número 2390 de 1955 respecto de los campos petrolíferos situados en terrenos aledaños a dicha Concesión, los que en el Decreto 1070 de 1953 habían sido determinados así: "Para los efectos del artículo 5º de la Ley 165 de 1948, entiéndese por zonas aledañas a la Concesión de Mares, las comprendidas entre los límites actuales de la mencionada Concesión y una línea paralela circundante de 35 kilómetros y de aquellos linderos, con excepción de los terrenos que forman parte de contratos vigentes de exploración y explotación o de propuestas admitidas con anterioridad a la vigencia del presente Decreto".

Es importante observar, por otra parte, que este último Decreto, el 1070 de 1953, que quedó reformado por el 2390 de 1955, concedía a la Empresa Colombiana de Petróleos una opción de cinco años para contratar los yacimientos de la Concesión de Mares, y también de cinco años para contratar los existentes en terrenos aledaños, en ambos casos a partir de la vigencia del expresado Decreto.

Cumplida la reversión de la Concesión de Mares, como secuela del fallo de la Corte Suprema de Justicia de 20 de septiembre de 1944, que indicó el 25 de agosto de 1951 como fecha de expiración del contrato con la Tropical Oil Company, los respectivos yacimientos entraron a formar parte, nuevamente, de la reserva nacional, en virtud de lo que sobre el particular prescriben las leyes colombianas a partir del Código Fiscal de 1873 (Ley 106, artículo 1126); y quedaron sujetos, por tanto, para efecto de la exploración y explotación por empresas concesionarias, al cumplimiento de las formalidades y condiciones de varia índole a que el Código de Petróleos subordina la adjudicación de esta especie de contratos: presentación y tramitación de la propuesta, presentación del plano topográfico y geológico, de la memoria técnica correspondiente y de las carteras del levantamiento geológico y geográfico, limitación del área, comprobación de la capacidad financiera del proponente, orden de preferencia para la adjudicación, etc.

Constituída la Empresa Colombiana de Petróleos, como organismo público descentralizado, pero hallándose reglamentada en la ley la forma como la administración debe escoger a los concesionarios de contratos para la exploración y explotación de petróleos, era necesaria especial autorización legislativa para contratar directamente con aquella empresa la prestación del servicio público aludido en el artículo 5º de la Ley 165, sin sujeción a las normas que le impedían al Gobierno elegir libremente al concesionario. A ello vino esta última disposición. No es ella, por tanto, constitutiva de reserva sobre la cual no sea lícito

celebrar contratos de exploración y explotación con entidades distintas de la oficial, sino únicamente contentiva de una autorización específica —de aquellas a que hace referencia el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución— para contratar con una determinada persona jurídica sin sometimiento a los requisitos y formalidades usuales. Ni del texto ni del contexto del artículo citado puede deducirse otra conclusión, ya que, por una parte, él habla simplemente de **autorizar** al Gobierno para celebrar el contrato, sin darle al precepto fuerza imperativa, y por otra, no es de presumir que en su intención estuviera que los hidrocarburos subyacentes de concesiones revertidas y de las zonas aledañas debieran permanecer inexplotados de no llegarse a la formación de la empresa oficial o semioficial, o de no convenirle a ésta o no interesarle, una vez constituída, la exploración y explotación de todos ellos, sino de una parte solamente. Conviene anotar que ni aun la formación de la empresa tenía carácter obligatorio, pues que el Gobierno apenas recibía facultad para promover la organización, y que si bien creada para prestar el servicio público mencionado, la autonomía de que goza como establecimiento descentralizado le deja en libertad de prescindir de operaciones que por cualquier motivo no desee o no le convenga concluír.

Supuesto lo que se acaba de expresar, no hay inconveniente en admitir que, sin perjuicio de la facultad conferida para contratar directamente con la Empresa Colombiana de Petróleos, puede el Gobierno hacerlo con otras personas naturales o jurídicas, con arreglo a las normas comunes que rigen la materia.

Entre éstas se encuentra la del artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, conforme al cual las demandas sobre propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato deben ser presentadas, so pena de caducidad, dentro del término de un año contado desde la publicación en el "Diario Oficial" de la resolución administrativa que admite la propuesta, término que el Decreto 2390 de 1955 amplió para las zonas aledañas a la Concesión de Mares adjudicadas a la Colombiana de Petróleos, a dos años contados a partir de la vigencia del mismo Decreto, o sea del acto de adjudicación.

El Decreto 1070 de 1953 concedió a la Colombiana de Petróleos opción por cinco años, a partir de la resolución sobre terminación del contrato o sobre caducidad de la propuesta, para contratar los yacimientos de la extinguida Concesión de Mares y los situados en terrenos aledaños a ella. El 2390, reformatorio del anterior, prescindiendo de dicha opción, procedió a otorgar a la nombrada empresa, en concesión, los campos petrolíferos situados en las zonas señaladas como aledañas a la Concesión de Mares en el artículo 1º del Decreto 1070 ya citado, o sea, "las comprendidas entre los límites actuales de la mencionada concesión y una línea paralela circundante situada a una distancia de 35 kilómetros de aquellos linderos, con excepción de los terrenos que forman parte de contratos vigentes de exploración o explotación, o de propuestas admitidas con anterioridad al presente Decreto". Es decir, que de la concesión otorgada a la Empresa Colombiana de Petróleos se excluyó los terrenos que "forman parte de contratos vigentes... o de propuestas admitidas con anterioridad" al Decreto 2390; siendo pertinente anotar, por otra parte, que la excepción introducida por este último Decreto a la regla general del artículo 2º del 3050 de 1956, en lo concerniente al plazo para la presentación de las demandas y a su fecha inicial, sólo es aplicable a los juicios relativos a terrenos que fueron objeto de concesión a la Colombiana de Petróleos, pues así se deduce claramente de lo que expresa la norma.

Esta hace explícita referencia a las zonas que el mismo Decreto entiende como aledañas, de las que se hallan excluídas las que forman parte de contratos vigentes o de propuestas ya aceptadas, referencia cuya finalidad no es otra que determinar los campos concedidos a la Empresa, los que, por este

motivo, podían ser objeto de los juicios que prevé el Decreto 2390. Ni es impertinente observar que, por ser tales campos objeto de concesión directa, no había lugar a tramitación de la propuesta en la forma indicada en los artículos 125 y siguientes del Código de Petróleos, por lo cual venía a desaparecer la fecha de iniciación del período que para la presentación de la demanda señala el artículo 2º del Decreto 3050, lo que explica que para el caso de contratos directos hubiera sido menester fijar como tal fecha de iniciación del plazo, por vía de excepción, la del acto mediante el cual se otorga la concesión, o sea, en lo relativo a la de Mares, la de la vigencia del Decreto 2390. Pero si tal excepción fue creada solamente para el efecto expresado, es claro que en los demás, esto es, cuando el contrato no se celebra directamente sino que supone la admisión previa de la propuesta, la presentación de la demanda se rige por lo preceptuado como regla general en el artículo 2º del Decreto 3050.

La cuestión no radica precisamente, así pues, en averiguar si el Gobierno podía o no reglamentar la Ley 165 en la forma como aparece haberlo hecho, sino en establecer si puede o no contratar con empresas distintas de la Colombiana de Petróleos los campos petrolíferos revertidos de la Concesión de Mares o situados en las zonas aledañas que por cualquier motivo no sean adjudicados a la Colombiana. La Sala considera que puede hacerlo por los motivos que se dejan expuestos. (Sala de Negocios Generales, 31 de octubre de 1961. Tomo XCVII, págs. 732, 1ª y 2ª; 733, 1ª y 2ª y 734, 1ª).

165

PRESCRIPCION

(El tiempo posesorio para que se consume la prescripción, puede cubrirse directamente por el poseedor o por intermedio de tenedor que le reconoce señorío sobre la cosa).

El lapso posesorio para que la prescripción se consume puede cubrirse directamente por el poseedor o por intermedio de tenedor que le reconoce señorío sobre el objeto. En las dos hipótesis lo que milita es la posesión y el abandono del dueño que, cuando se produce el fenómeno extintivo de su derecho, deja de estar legitimado en causa reivindicatoria, y su acción no puede prosperar. (Casación Civil, octubre 16 de 1961. Tomo XCVII, pág. 126, 1ª).

166

PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

(El término de ésta no se suspendió por el régimen especial de administración fiduciaria que existió para algunos extranjeros).

Puesto que la prescripción extraordinaria no exige título alguno y su lapso de veinte años no se suspende a favor de los incapaces enumerados por el artículo 2530 del Código Civil, con razón más poderosa todavía, no podría suspenderse por la mera circunstancia de que el dueño en un tiempo se hallara bajo el régimen especial de administración fiduciaria organizado para algunos extranjeros por incidencia de la segunda guerra mundial. Si fueron normas de emergencia bélica, restrictivas y subordinantes, por la necesidad de actuar a través del administrador fiduciario respectivo, no tuvieron sin embargo virtud de suspender la prescripción. (Casación Civil, octubre 16 de 1961. Tomo XCVII, pág. 126, 1ª y 2ª).

167

PRIMA DE SERVICIOS Y PRESCRIPCION

(Momento en que se hace exigible la prima de servicios. Interpretación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo).

La cuestión jurídica que el cargo plantea se reduce a determinar cuándo se hace exigible la prima de servicios, pues el sector con-

sidera que su derecho con relación a esta prestación no está prescrito y la sentencia acusada no está conforme con su pretensión.

Observa la Sala:

Como fecha inicial de la prescripción, señala el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, la de la exigibilidad de la obligación. Consagra el texto la misma doctrina establecida en el artículo 2535 del Código Civil.

Establece la prima de servicios el artículo 306 del Código del Trabajo. La norma dispone que se pague por semestres del calendario así: la mitad de su valor el último día de junio y la otra mitad en los primeros veinte días de diciembre, "a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos con justa causa".

La adquisición del derecho está sometida a dos requisitos: a) Prestación del servicio por el trabajador durante el respectivo semestre; o trabajo realizado dentro del semestre por tiempo no inferior al trimestre, y b) Que el trabajador no sea despedido con justa causa.

Adquiere el trabajador el derecho a la prima del primer semestre el 30 de junio, y el correspondiente a la prima del segundo semestre en los primeros veinte días de diciembre. Tales fechas señalan la exigibilidad de las obligaciones. Según el cargo, esas fechas fijan también la exigibilidad respecto del servicio por tiempo inferior al semestre respectivo, aunque la desvinculación se produzca antes de expirar ese lapso de tiempo.

En èl caso debatido el contrato terminó el 30 de abril de 1951. Con fundamento en ese hecho, considera la Sala que la fecha de exigibilidad de la obligación coincide con la de terminación del contrato. Así lo estima por estas razones:

De acuerdo con la norma legal citada, el derecho se causa por servicio prestado, es decir, durante la ejecución del contrato. Su aplicación, vigente la convención, no ofrece dificultad trátese de servicios por semestres, o dentro de cada uno de éstos por fracciones que alcancen o excedan un trimestre: en uno y otro caso la obligación se hace exigible en las fechas ya señaladas.

La cuestión de hecho varía cuando el contrato termina antes de expirar el primero o el segundo semestre. En tal evento no hay contrato en ejecución, ni, en consecuencia, prestación del servicio. Extinguida la relación de trabajo antes de expirar el primer semestre, se sabe con certeza que no llegará el 30 de junio, y concluída antes de terminar el último mes del segundo semestre, se sabe con certeza que no advendrán los días del 1º al 20 de diciembre. Desapareciendo en uno y otro caso la hipótesis en que se funda el artículo 306, las fechas que éste indica para el pago de la prima en los dos semestres, no sirven para señalar la exigibilidad de la parte proporcional. La norma contempla efectos del contrato durante su vida, no los posteriores a su ejecución. Por tanto, la fecha en que el contrato termina marca la del pago de la prima por la parte proporcional y, de consiguiente, la de su exigibilidad, conforme a lo previsto en el artículo 488 del Código. Armoniza este criterio con el que informa el artículo 65 ibídem, pues para la sanción establecida en éste a cargo del patrono, toma como punto de partida el de la expiración del contrato si al producirse este hecho no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos. El canon legal parte de la base de que en ese momento se hacen exigibles las obligaciones que tienen su fuente en la convención laboral.

En consecuencia, si la prima por el tiempo servido en 1951 se hizo exigible el 30 de abril de ese año, según la interpretación que la Sala asigna al artículo 306 en cita, el reclamo del trabajador contenido en la nota del 31 de mayo de 1954 fue presentado vencido el término que para la prescripción del derecho señala la ley, o sea, tres años. (Sala de Casación Laboral, 29 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 587, 2ª y pág. 586, 2ª).

168

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

(En el proceso laboral no se aplica, respecto del trabajador, la regla de que la parte que no apeló del fallo de primera instancia no puede acudir en casación si el de segunda lo confirma).

El fallo definitivo de segunda instancia, proferido por la Sala Laboral de un Tribunal Superior en juicio ordinario en que la cuantía alcance el límite legal, está sujeto al recurso de casación por mandato del artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. Para tal fin no importa que la sentencia de segundo grado haya sido dictada por obra de apelación o en virtud de consulta.

Aunque en el proceso se ventilen intereses privados, se le considera en la actualidad por la doctrina de los expositores y por la jurisprudencia como institución de derecho público, pues su fin es la justicia, dentro de un criterio de armonía social. La sentencia del Juez, dejando de lado las imperfecciones que su producción ofrezca, persigue la realización del derecho, el restablecimiento del orden jurídico en todos los casos en que la actividad de los particulares y aun de parte de órganos del Estado sea capaz de lesionarlo.

Es verdad que el derecho público, en el cual halla su fuente el proceso, no es excluyente, pues al lado de él opera el interés particular. Ese interés es el fundamento del principio dispositivo, en virtud del cual las partes pueden, cuando lo estimen conveniente, ponerle término a la litis, acudiendo a cualquiera de sus equivalentes jurisdiccionales, como la transacción, la conciliación, el arbitraje, o dentro del proceso mismo, renunciar, expresa o tácitamente, a determinados derechos, como el de impugnar providencias judiciales desfavorables, y aun desistir de la acción.

Sin embargo, no tiene el principio dispositivo en el proceso laboral, la misma aplicación que admite en el proceso civil. Bastaría hacer mérito de la transacción. Mientras que en este último a ella puede acudir quien tenga capacidad legal para la solución de todo conflicto de intereses, con excepción de los relativos al estado civil de las personas y los demás casos expresamente excluídos por la ley, en el derecho del trabajo no puede comprender derechos ciertos e indiscutibles del asalariado.

Los recursos contra las providencias judiciales son derechos que la ley otorga a las partes para obtener la enmienda de los errores de hecho o de derecho en que ellas puedan incurrir. Trátase de derechos subjetivos, esto es, de la facultad de obrar o de abstenerse. Los relativos al uso de medios de impugnación exigen el obrar de parte de quien los propone. Ello es así, porque el Juez no puede hacer de oficio la revisión; actúa a impulso de la parte agraviada.

Interviene aquí otro principio, asociado al impulso de parte, y es el de que para acudir a un recurso se requiere interés jurídico. En asuntos civiles ha considerado la jurisprudencia que la parte que no apeló del fallo de primera instancia, no puede recurrir en casación si el de segunda confirma el de primera, por falta de interés. No variando el segundo grado la situación procesal creada por el primero, la aceptación de lo resuelto en éste por quien no apeló implica desinterés para la casación.

La doctrina expuesta no tiene aplicación en el proceso laboral respecto del trabajador. En efecto, si es el agravio lo que determina el interés para hacer valer el recurso, no cabe duda alguna de que la sentencia proferida por vía de consulta, adversa al trabajador, lesiona sus derechos. Su situación, en tal evento, no es distinta de la que presenta la contraparte que apela de la decisión desfavorable del primer grado, pues la inactividad al respecto del asalariado la suple la ley con la consulta.

Ahora bien, el Código del ramo (art. 14) declara que las normas reguladoras del trabajo humano son de orden público, de [illegible]cien-

do de allí la consecuencia de que los "derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables", salvo los casos de excepción que establece la ley. No cabe duda alguna que los recursos son derechos en favor de las partes para impugnar las providencias judiciales adversas a sus intereses. Si la consulta representa para el trabajador una prerrogativa, el recurso extraordinario entraña para él un derecho y, de consiguiente, el interés jurídico necesario para hacerlo valer. Para entender que no le asiste, sería preciso que una norma legal de excepción lo dispusiera expresamente. En ausencia de ella, negar el medio de impugnación en referencia implicaría desconocimiento del citado precepto legal. La opinión que sostiene el opositor es valedera dentro del proceso civil, sin posible acomodo en el del trabajo. Subsistiendo el agravio que la decisión desfavorable del superior mantuvo al confirmar la del inferior, es notorio el interés del trabajador vencido para acudir a la casación en busca de un juicio distinto al contenido en los pronunciamientos de instancia.

A lo expuesto conviene agregar lo siguiente:

Fin principal del recurso de casación es unificar la jurisprudencia (artículos 519 del C. J. y 86 del C. P. L.). Si existe un fin principal es porque al lado de él se descubren otros secundarios. Los secundarios que las normas callan se reducen a este objeto: la enmienda de los agravios inferidos a las partes por la sentencia de segundo grado. Así lo había dicho el artículo 149 de la Ley 40 de 1907 y así lo expresa el proyecto de Código Judicial al estudio del Congreso (art. 431). Se trata, es verdad, de un fin consecuencial al que pregonan las dos normas legales primeramente citadas. Sin embargo, su importancia se pone de manifiesto con la sola consideración de que es necesario el impulso de parte para provocar la casación, pues sin tal requisito, aunque la sentencia de segunda instancia sea opuesta a la ley, y a una sufran agravio ella y la parte afectada con la decisión, no entra en actividad el órgano de casación. Y ya se ha dicho que la sentencia adversa al trabajador, que el segundo grado confirma al resolver la consulta, lo perjudica, razón bastante para ver en ella un agravio, y, por ende, el interés necesario para utilizar el recurso extraordinario como medio de obtener su enmienda. No es dable suponer que quien acude a ese recurso lo hace para conseguir la unidad de doctrina en la aplicación de la ley sustancial. No entra en sus cálculos ese propósito, sino el perjuicio que a sus intereses ocasiona la providencia que impugna. Es esa la realidad y lo que la experiencia enseña, no la consecución del fin que la ley señala al instituír la casación. Es claro que abierta la puerta al recurso, el Juez de éste atienda principalmente el objeto que el legislador determina: la unificación de la jurisprudencia. Ello bastará para que si la sentencia no ha aplicado correctamente la ley o ha errado en su interpretación, el recurrente obtenga la reparación del perjuicio que lo llevó a interponer el recurso.

Debe anotarse que la admisión del recurso de casación en casos como el que se examina, ha sido materia de estudio en varias decisiones del antiguo Tribunal Supremo. Se pronunció en tal sentido el auto del 21 de noviembre de 1946 (Gaceta del Trabajo, I, 64), y después en autos de 3 de noviembre de 1947, 30 de junio de 1953 y 2 de septiembre del mismo año. Esta Sala de la Corte ha mantenido la misma doctrina en auto del 22 de abril de 1959 (G. Judicial, XC, 450). Dice la primera de dichas providencias que, como la ley hace consultable con el superior el fallo de primer grado adverso al trabajador cuando éste no apela de él, quiere decir lo anterior que al lado de su interés privado surgió el interés público o social que determinó la institución de la consulta, y agrega: "En consecuencia, si el Tribunal confirma la providencia consultada, el trabajador no pierde su derecho a interponer el recurso de casación contra ella cuando haya guardado silencio frente a la de primera instancia. Esto es más claro aún si se tiene en cuenta que nuestra le-

gislación prohibe a los trabajadores renunciar a los derechos que les otorgan las leyes, y, por tanto, que no pueden renunciar, así sea tácitamente, a los recursos legales contra providencias judiciales desfavorables".

Cuando la casación del trabajo se estableció no era desconocido para ella el recurso extraordinario ni los principios técnicos en que se funda, según alega el opositor. Los que ha desarrollado la casación civil, que en sus lineamientos generales son iguales a la de trabajo, han sido utilizados por ésta. No es contraria a esos principios la doctrina que sobre la cuestión en examen ha quedado expuesta, pues se limita a dejar a salvo normas protectoras de los derechos del asalariado, de aplicación preferente tanto respecto de leyes procesales como de los principios que gobiernan el recurso extraordinario, laboriosamente estructuradas por los conocedores de la institución.

Contra la citada tesis no es eficaz el argumento del opositor según el cual el estatuto procesal no establece la casación en interés de la ley, como lo hacen algunas legislaciones extranjeras, a instancia del Ministerio Público, hipótesis en que la prosperidad del recurso no altera lo resuelto en el fallo impugnado, porque en el caso **sub judice** ha provocado la casación el trabajador demandante, en su propio interés y no en el de la ley. No está operando el recurso extraordinario, como en el caso de la consulta, en sustitución del trabajador inactivo, sino por obra de su voluntad.

Por lo expuesto, sí era procedente en el presente juicio el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Por tanto, su admisión por la Sala no ofrece reparos de orden legal, por lo cual no es del caso declarar la nulidad de lo actuado ante ella por incompetencia de jurisdicción, como lo solicita la parte opositora. (Sala de Casación Laboral, 29 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 580, 1ª y 2ª; pág. 581, 1ª y 2ª; pág. 582, 1ª).

169

PRUEBA

(De hechos que informan una situación de largo tracto).

Tratándose de la demostración de hechos que se desenvuelven en la sucesión del tiempo, para constituír una entidad de contenido cronológico, mal podría exigirse la existencia de pruebas de autonomía singular, que aisladamente demuestren por sí solas la totalidad de los sucesos por establecer. Difícilmente se encontrarían testigos a cada uno de los cuales le constase la cadena de ocurrencias que informan una situación de largo tracto, desde su principio hasta su fin. Entonces, los dictados de la lógica exigen que en tales casos, todos los elementos de probación, documentales y testimoniales, puedan complementarse entre sí, concurriendo cada entidad probatoria a demostrar, con arreglo a sus propias normas, la porción de los hechos que ha caído bajo su dominio. (Casación Civil, noviembre 17 de 1961. Tomo XCVII, págs. 195, 2ª y 196, 1ª).

170

PRUEBA ESCRITA

(A quien alega imposibilidad de obtenerla, corresponde probarlo).

La imposibilidad de obtener la prueba escrita, de que se ocupa el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, **in fine**, es una cuestión de hecho, ya de orden físico, ya de orden moral, cuya demostración incumbe suministrar a quien tal imposibilidad alega y en cuya apreciación goza el juzgador de fuero discrecional, intocable en casación, salvo el caso de que en la ponderación de las pruebas del juicio vinculadas a ese punto haya él incidido en yerro de valoración legal o en error evidente de hecho, determinativos de las conclusiones del fallo. (Casación Civil, diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 217, 1ª).

171

PRUEBA INDICIAL

(Sus características).

El Código Procesal vigente, que es por cierto muy parco en definiciones, y sin embargo define como indicio "un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro" (art. 216), definición ésta que tiene la particularidad de coincidir casi exactamente con la de Dellepiani, porque no en balde los redactores de aquel estatuto dejaron consignadas en las actas de la Comisión del proyecto que llegó a ser la Ley 94 de 1938, que el capítulo de las pruebas se inspiró en la famosa obra del citado autor, titulada "Nueva Teoría General de la Prueba".

En efecto, qué es un indicio, se pregunta Dellepiani. Y contesta: "Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido.

Pero para que el hecho tenga las notas de indicio es menester que reúna ciertas características, pues mientras ellas no confluyan en el caso, la desarticulación que produce lleva inexorablemente a desvertebrar toda la armazón así formada y por consecuencia a la inhabilidad de la prueba para producir la certeza.

Una de esas características es la concordancia, pues sin ésta en nada contribuirían los hechos a formar un todo convergente en orden a producir una resultante, como señalar que un determinado sujeto es el autor de un delito.

Siendo el indicio una operación mental, debe estar regulado por un proceso semejante, de manera que entre los hechos indicadores y los indicados exista una relación, una concatenación y lógica consecuencia de tal naturaleza que no permita descubrir hecho alguno que explique de otra manera la resultante, que no viene a ser cosa distinta del producto de aquel proceso, o sea el hecho desconocido que se trata de establecer. Si alguna interferencia lógica se presenta en aquel proceso, el resultado es que el indicio desaparece como tal para dejar sólo una simple sospecha o un indicio en estado bruto, que por serlo no reúne los requisitos legales para costituír plena prueba, porque abre el camino a la duda, que en materia penal produce como efecto la imposibilidad de la certeza en el espíritu del Juez. (Casación Penal, noviembre 7/61. Tomo XCVII, pág. 454, 1ª).

172

PRUEBA INDICIARIA

(Su valor).

Expresa Dellepiani al tratar el tema de la prueba por concurso de indicios, que éstos, para producir la certeza en el ánimo del Juez, deben ser varios, "cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes como fundadas en leyes naturales que no admiten excepción". Y agrega que este supuesto de indicios no necesarios, no es posible racionalmente fijar el número mínimo y suficiente para producir la convicción. "Ese variará, dice el reputado profesor, según las circunstancias de cada caso, o sea, según la fuerza o peso de los indicios que entran en la combinación. La regla aplicable en este punto es la misma que se formula de los testigos: los indicios se pesan, más que se cuentan; y la mejor prueba de ello es que un solo indicio infirmativo: el **álibi** o **negativa loci,** destruye por completo todo un sistema de cinco o más indicios graves, precisos y concordantes". (Nueva Teoría General de la Prueba, págs. 110 y 111).

Este es el principio en que sobre el particular se inspiró el Código de Procedimiento Penal vigente, como puede comprobarse con la lectura de sus artículos 206 y 217 y de las actas respectivas de la Comisión Redactora de dicha obra. (Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal, T. II, págs. 59 y 75).

La Sala comparte la opinión del señor Procurador en cuanto afirma que no encuentra error ostensible o manifiesto en la valoración que de la prueba indiciaria ha realizado el sentenciador de segunda instancia en este proceso, prueba de la cual, en lógica inferencia, el **ad quem** deduce que está plenamente demostrada la responsabilidad del procesado. Sólo en aquellos casos en que el demandante, con fundamento en la causal segunda de casación, demuestra que el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en el protuberante error de considerar establecido un hecho que no sucedió, o de negar la realidad del que sí acaeció, o de no estimar otro que se haya acreditado en autos; o de no valorar los elementos de convicción conforme a la ley, le es dable a la Corte invalidar el fallo acusado y proferir el que deba reemplazarlo. (Casación Penal, noviembre 8/61. Tomo XCVII, pág. 488, 1ª).

173

PRUEBA INDIRECTA

(En qué consiste).

La prueba indirecta en este caso no surge sino de una circunstancia: de que los testigos no presenciaron directamente el ataque en que perdió la vida el occiso. Pero, en cambio, sí demuestran otros elementos de juicio suficientes para contrarrestar aquella ocurrencia. (Casación Penal, septiembre 6/61. Tomo XCVII, pág. 245, 1ª).

174

PRUEBA PERICIAL

(Avalúo de perjuicios).

La prueba pertinente en el caso, no podía ser otra que la pericial, ya que por virtud de la subrogación que el artículo 52 de la Ley 4ª de 1943 hizo del artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, la facultad que esta disposición concedía al Juez para designar "el perito o peritos que deban avaluar los daños y perjuicios civiles", que era oficiosa, se convirtió en razón de dicha reforma en potestativa, pues al texto original se adicionó la expresión "solicitud de alguna de las partes", lo cual quiere decir que cuando no se formula dicha petición, no puede producirse la prueba pericial para el avalúo de los daños y perjuicios provenientes del delito. (Casación Penal, septiembre 11/61. Tomo XCVII, pág. 307, 2ª).

175

PRUEBA PERICIAL

(Identificación de predios por medio de planos. Prueba pericial independiente de la inspección ocular).

Los peritos se basaron exclusivamente en un plano de la propuesta número 543 que les fue suministrado durante la inspección ocular por el apoderado de los demandantes, plano en el cual se encontraban señalados los linderos de la mencionada propuesta, y como según tal demarcación los terrenos objeto de la demanda, identificables por puntos arcifinios indicados en el plano, aparecían ubicados dentro de la alinderación en referencia, concluyeron que, efectivamente, la propuesta 543 se superponía a los mencionados terrenos. El plano, pues, no fue un simple auxiliar que hubieran utilizado para mejor ilustrar los fundamentos de sus conclusiones, sino que él mismo tiene el carácter de prueba básica. Ahora bien, como toda prueba, debía ceñirse a las reglas procesales respecto a su incorporación en los autos, pero es el caso que, como ya se dijo, el plano les fue suministrado a los peritos privadamente por el apoderado de los actores, durante la inspección ocular, sin intervención alguna de los funcionarios que la practicaban, y sin que, por lo demás, hubiera sido objeto de una solicitud formal de allegamiento presentada durante el término para pedir pruebas. En consecuencia, estuvo mal incorporado al proceso, de conformidad con el artículo 597 del Código Judicial, por lo

cual no puede entrarse a considerar su mérito probatorio.

Con todo conviene anotar que si bien en el plano aparece afirmado que es "fiel copia del plano que acompaña a la propuesta 543" bajo una firma que se dice ser de "Augusto Barriento Nicholls" "Director Ingeniero", contramarcado con un sello cuya leyenda reza: "Ministerio de Minas y Petróleos. División Nacional de Petróleos. Bogotá", no hay manera de asegurarse de su autenticidad, dada la forma irregular como, según se vio, fue presentado en el juicio. Ninguna duda habría al respecto, en cambio, si el plano hubiera sido remitido por el Ministerio a solicitud de la Corte, hecha en virtud de petición formulada dentro de oportunidad legal por el apoderado de los demandantes. O si se tratara de un mapa de los elaborados por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", cuyas características especiales hacen presumir su autenticidad. De suerte, pues, que no puede reconocérsele valor probatorio alguno al dicho plano. Por consiguiente falta la comprobación del fundamento que se estudia, o sea, que no aparece establecido que la propuesta 543 se superponga a los terrenos objeto de la demanda, lo que es suficiente para desechar las pretensiones de los actores.

Conviene precisar que si bien en las consideraciones anteriores, la Sala ha llegado a los mismos resultados a que llegó el señor Procurador Delegado, no está en todo de acuerdo con éste, y así cabe destacar que, en términos generales, no es aceptable la tesis que sustenta de que el dictamen pericial debe siempre fluír de la inspección ocular, ya que puede haber casos en que ello no sea necesario, como cuando los peritos fundamentan sus conclusiones sobre accidentes geográficos de reconocida notoriedad, y sus inferencias se basan en rumbos magnéticos o astronómicos, o de alguna otra manera que implique la aplicación de conocimientos científicos especiales. (Sala de Negocios Generales, 31 de octubre de 1961. Tomo XCVII, págs. 716, 2ª y 717, 1ª, 2ª).

176

PRUEBA TESTIMONIAL

(Discrepancias).

Las discrepancias en datos no esenciales no desvirtúan el testimonio humano. Es apenas natural que la memoria no retenga sucesos o palabras y que tampoco en momentos emocionales como los que siguen a un hecho trágico, claramente sea posible determinar a cuál de los circunstantes o de los espectadores pertenece una frase, una palabra o una expresión. Esto no es lo fundamental. Lo que sí lo es proviene de que los testigos no discrepen en un hecho esencial. (Casación Penal, septiembre 6/61. Tomo XCVII, pág. 245, 2ª).

177

PRUEBA TRASLADADA

(Condiciones de validez).

En un proceso tienen valor las pruebas producidas en otro, si en ambas han actuado las mismas partes y para su práctica se han observado las normas procesales correspondientes, para lo cual basta trasladar al primero la prueba recogida en el segundo. (Sala de Casación Laboral, 11 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 608, 2ª).

178

PRUEBA TRASLADADA

(Condiciones para su validez).

En tratándose de pruebas trasladadas, la doctrina ha dicho que la aducida en un juicio puede aprovecharse en otro, si en ambos las partes son las mismas, porque no puede sorprenderse a ninguna que no haya sido citada a su aducción o práctica (Sent. abril 23 de 1941. LI. 1971. 428; Cas. 8 septiembre de 1942. LIV. Bis. 1942. 60; y Cas. 12 febrero de 1947.

LXI. 2042. 738). Así que la razón por la cual una prueba trasladada no tiene valor, en tratándose de procesos en que uno de los contendientes es otro, es la de que la parte a quien se opone hoy no hubiese podido controvertir su producción en anterior oportunidad. (Cas. 12 de febrero de 1947. LXI. 2042. 738).

Por tanto si la parte fue citada, la prueba se produjo con las garantías procesales que protegen su defensa, y no importa que otro la invoque y aproveche después en distinta litis, si se refiere a una misma causa de daños causados a varias personas, como incendio, naufragio, accidente de tránsito y siniestros en general. Basta, pues, que la parte disfrute de la oportunidad de asistir a la práctica del medio probatorio o de controvertirlo, para que éste aproveche no sólo a quien la solicitó primeramente sino a cuantos deriven sus pretensiones del mismo hecho causante. De lo contrario, la demostración de accidente de numerosas víctimas requeriría tantas pruebas cuantas aquéllas fuesen, sin motivo alguno jurídico que lo justifique, y aparte de la falta de economía procesal que habría en ello.

Lo dicho se aplica igualmente al caso en que la prueba sea pedida y practicada en forma extrajudicial, siempre que la parte contra quien se invoca luego en juicio, haya sido citada en aquella ocasión. El artículo 731 del Código Judicial, al reconocer a la inspección ocular fuera de juicio, pero con citación de la parte contra quien haya de alegarse, valor de plena prueba, está admitiendo ese mismo valor probatorio si se lleva a un proceso en que esa misma parte figure como actor o reo. (Casación Civil, septiembre 21 de 1961. Tomo XCVII, pág. 77, 1ª y 2ª).

179

PRUEBAS

(Principios de la adquisición procesal y de la unidad de la relación).

El reparo atinente a la fecha en que terminó el contrato de trabajo, consignado en el documento en que la empresa demandada hizo la liquidación de prestaciones, carece de fundamento. Trátase de prueba aportada al juicio por la sociedad, que no le está permitido repudiar. A ello se opone el principio de adquisición procesal, en virtud del cual las pruebas aducidas por una de las partes aprovechan a la contraria en cuanto le favorezcan, en vista de la unidad de la relación procesal.

De la relación entre la primera instancia y la segunda, deduce el expositor Chiovenda, entre otras consecuencias, las siguientes: a) El material de conocimiento reunido en primera instancia pertenece sin más a la segunda, teniendo la misma importancia en el segundo grado las pruebas recogidas en el primero, y b) No cabe negar en segunda instancia la autenticidad del documento reconocido o tenido por reconocido en primera instancia, excepto el caso de rebeldía en ésta (Instituciones, T. 3º, p. 380). (Sala de Casación Laboral, 12 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 649, 2ª).

R

180

REAJUSTE DEL SALARIO

(En virtud de la aplicación del principio "a trabajo igual, salario igual").

Acusa el recurrente la sentencia de segundo grado de interpretación errónea del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, porque el fallador entiende que la aplicación del referido artículo requiere la simultaneidad de los cargos desempeñados por los trabajadores cuyos salarios se solicita nivelar, ya que sin este requisito no es posible comparar la igualdad de funciones y eficiencia.

Esta Sala de la Corte ya tuvo oportunidad de exponer su opinión, que ahora reafirma, en torno al debatido aspecto del artículo 143. En efecto, en sentencia de 6 de junio de 1958, dijo lo que sigue:

"Desde luego, lo común... es que dos o más trabajadores presten sus servicios en cargos equiparables. Mas de allí no se deduce que si un trabajador reemplaza a otro en empleo o cargo en que haya de ejercer funciones iguales a las del trabajador reemplazado y que supone una remuneración mejor, no se cumpla el correlativo aumento del salario. Al respecto conviene tener en cuenta que ciertas actividades, por ejemplo las inherentes a los puestos de dirección(Gerentes, Jefes de Personal, etc.) no suelen darse sincronizadamente. Y sería contrario al espíritu de equidad que orientó a los redactores del Código Sustantivo del Trabajo, y que debe guiar a sus intérpretes, situar esas actividades fuera del alcance de los artículos 74 y 143". (**Gaceta Judicial**, LXXXVIII, 316 y siguientes).

Así, pues, la simultaneidad no es requisito esencial para que surja el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de quien se reemplaza en el desempeño de idénticas funciones, en una misma empresa o establecimiento.

Y como en el caso de autos el Tribunal se abstuvo de dar aplicación al artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, por la sola consideración de que no se estableció que el desempeño de los cargos mejor remunerados a que sucesivamente fue trasladado el actor, hubiese sido simultáneo con otros cargos iguales, resulta demostrado que incurrió en equivocada interpretación de esa disposición legal, y, por lo tanto, en lo pertinente deberá casarse el fallo acusado. (Sala de Casación Laboral, 18 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 654, 1ª y 2ª).

181

RECUSACION

(Art. 73 del C. de P. P., numeral 4º).

Para que el consejo o la opinión a que se refiere, entre otros supuestos, el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal puedan válidamente invocarse como causal de impedimento o recusación, se necesita que aquéllos hayan sido dados o manifestados con **anterioridad,** y que, además, entrañen un concepto de fondo sobre el problema que se debate, porque la ley, basada en la experiencia general de que los hombres tratan de persistir en el criterio que han adoptado tras madura reflexión y análisis, lo que esencialmente quiere evitar en tales casos es que el fenómeno aludido pueda quebrantar, en un momento dado, la imparcialidad y rectitud de los encargados de administrar justicia, o de quien con éstos colaboran. (Casación Penal, noviembre 28 de 1961. Tomo XCVII, pág. 526, 2ª).

182

RECUSACIONES

(Indebida apelación del auto que resuelve el incidente de recusación).

Fallado el respectivo incidente en el sentido de declarar inadmisible la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal, ponente en varios incidentes y apelaciones del juicio ordinario de que se trata, el recusante interpuso recurso de alzada, el que fue concedido por proveído que ordena remitir "los autos a la honorable Corte Suprema de Justicia".

De acuerdo con los apartes pertinentes de los memoriales del apoderado de la parte demandada, el Magistrado recusado está conociendo como Juez **ad quem** de varias providencias recurridas en un juicio ordinario por simulación; por consiguiente el auto dictado por el sustanciador del incidente de recusación, no comporta el recurso de alzada, por los siguientes motivos:

a) Si el auto interlocutorio se dictó por el sustanciador como Juez **ad quem**, no procede el recurso de apelación ante la Corte, porque sería tanto como reconocer la existencia de una tercera instancia, para revisar los

autos proferidos por el Juez de segunda instancia.

b) Según el artículo 511 del Código Judicial, si se considera que el Magistrado no procedió como Juez **ad quem**, en el auto protestado, el recurso viable sería el de súplica, mas por ningún motivo del de apelación ante la Corte, tratándose de un proceso entre particulares.

c) Cuando se trata de un incidente de recusación de un Magistrado, la competencia está atribuída, en forma expresa y de modo privativo, a "los demás que forman la Sala respectiva" (art. 442 del C. J.).

d) Finalmente la competencia funcional de la Sala de Negocios Generales está consagrada, para los negocios de única instancia, en los artículos 36, 40 del Código Judicial y en otras leyes especiales; y para los de segunda, en el artículo 37 del Código citado, que no comprenden los litigios entre particulares, como lo es el de la referencia, sino únicamente los enumerados en el artículo 76 del Código Judicial.

Por consiguiente la Sala se abstiene de revisar los autos indebidamente apelados. (Sala de Negocios Generales, 6 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 737, 1ª y 2ª).

183

RECUSACIONES E IMPEDIMENTOS

(Procedimientos).

Cabe observar que cuando el Fiscal de un Tribunal rechaza la recusación contra él propuesta y la corporación que califica el incidente la declara fundada, debe el calificador, en la misma providencia, ordenar el envío de los autos a la Corte para que ésta decida de plano el asunto. Si en tal forma se hubiese procedido, se habría evitado el recurso de apelación interpuesto por el funcionario recusado, exótico dentro de las normas procedimentales que regulan esta clase de incidentes. La Corte no decide de un impedimento o recusación en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el primero, o de ser fundada la segunda, cuando ésta ha sido rechazada por el funcionario a quien se recusa. (Casación Penal, noviembre 28/61. Tomo XCVII, pág. 526, 2ª).

184

REIVINDICACION

(Carga jurídica del tenedor de la cosa).

Sobre el demandado en reivindicación por objeto que en realidad no posee, pesa la carga de expresarlo así en la contestación, a menos de hacerse responsable de la cosa misma o de su valor, salvo que "el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor" (214, C. J.).

Eso significa que como en la simple tenencia se reconoce dominio ajeno, el deber jurídico del tenedor en evento reivindicatorio se extiende a señalar a la persona en nombre de la cual mantiene el objeto en su poder.

En el plano de la buena fe, que se presume, basta el reconocimiento del tenedor acerca de la ausencia de su voluntad de señorío para que la reivindicación no se predique en su contra, sino frente a la persona a quien determine como poseedor. Y si en concreto han sido citados al juicio ambos —el tenedor y a quien éste reconoce como dueño— es indudable que el lazo jurídico procesal queda válidamente formado, aunque no apareciera prueba alguna adicional sobre la relación de simple tenencia de uno de los demandados con respecto al sujeto de quien también se demanda el objeto con el carácter de poseedor.

Si además de la confesión del tenedor aparece un poder que le haya dado el poseedor para que administre el bien y lo tenga materialmente, el documento respectivo es corroborante, a pesar de que carezca de autenticación, desde luego que no se trata de acreditar la personería del mandatario y menos para los efectos del juicio, sino sólo de probar

el **hecho** de la tenencia, sobre lo cual no existe restricción en la tarifa. (Casación Civil, octubre 16 de 1961. Tomo XCVII, págs. 125, 2ª y 126, 1ª).

185

REIVINDICACION

(Cuándo prevalece la posesión).

Si del necesario examen de títulos para establecer prevalencia, aparece que ambos comuneros —actor y demandado— pretenden el todo cuando por la misma causa apenas tienen derecho a una cuota, se hallan las partes ciertamente en iguales condiciones. Pero entonces la preferencia es para el poseedor: **in pari causa possessoris melior conditio habeatur. Possessor potior est.** (Casación Civil, septiembre 4 de 1961. Tomo XCVII, pág. 36, 1ª).

186

REIVINDICACION

(El titular de cuota carece de legitimación en causa para reivindicar en nombre propio todo el objeto).

Es permitido reivindicar una cuota determinada de cosa singular (949 C. C.). Pero como entonces la titularidad del actor no es exclusiva sino concurrente sobre cuerpo cierto, aparece con claridad que no hay legitimación en causa para reivindicar en nombre propio todo el objeto sino apenas la respectiva cuota, ya sea dirigida la acción contra el comunero o comuneros restantes, o contra poseedores extraños a la indivisión.

El copropietario que persigue todo el objeto no puede pedir para sí mismo sino para la comunidad, que se beneficia en lo favorable; pero el fallo adverso no perjudica sino a quien como demandante se hizo parte en el litigio.

Cuando el titular de cuota posee en su totalidad la cosa común, salvo prescripción consumada, responde en juicio por las acciones surgidas de la indivisión, y naturalmente también por la reivindicación de cuota de los otros copropietarios, que figuraría como acto preparatorio para la liquidación de la comunidad. Mas no se predica contra el comunero la reivindicación del todo que posee, si el otro o los otros condónimos que la proponen apenas pueden legitimar su pretensión por cuota indivisa del objeto.

Puede estar probada la posesión del demandado sobre la misma cosa singular que se reivindica, y puede además existir en general titularidad del actor. Pero si conforme a derecho lo reivindicable es una cuota, y se pide todo el cuerpo cierto a que está referida, el actor cambia por sí y ante sí el objeto propio de su pretensión y no está llamado a triunfar en el litigio. El Juez se encuentra incapacitado para sustituír el objeto de la acción, que por referirse al todo no es viable en la forma propuesta. (Casación Civil, septiembre 4 de 1961. Tomo XCVII, págs. 35, 2ª y 36, 1ª).

187

REIVINDICACION

(La tenencia y la posesión no pueden sumarse).

Cuando la tenencia de alguien está naturalmente en función posesoria de otro, no se contempla ningún fenómeno de sucesión o de agregación de posesiones: la tenencia y la posesión, por heterogéneas, no pueden sumarse en realidad. Si el tenedor adquiere después la propiedad, se subroga en la posesión de su antecesor, que él ostentó materialmente en nombre del mismo antecesor, pero no hay agregación de tenencia a posesión. Como tampoco la hay cuando alguno sobre el objeto que posee concede la simple tenencia a otro: la posesión se continúa a favor de la misma persona por medio de la tenencia, pero esto en lo jurídico no significa que tenencia y posesión puedan sumarse, sino sólo que en la úl-

tima, la posesión, no se presenta ruptura de continuidad por la tenencia que el poseedor otorgue a otra persona. (Casación Civil, octubre 16 de 1961. Tomo XCVII, pág. 126, 1ª).

188

RELACIONES SEXUALES

(Restricción probatoria en los juicios de indagación de la paternidad natural).

Tratándose de establecer el estado civil, que es cuestión de orden público, la Corte ha considerado que respecto de las relaciones sexuales, es indispensable que la prueba testimonial se analice con un criterio estricto, dado que ella conduce a una verdadera investigación de la paternidad, que no puede cumplirse sino acreditando a plenitud, tanto los caracteres de estabilidad y publicidad de dichas relaciones, como las épocas de su iniciación y terminación, para poder aplicar la presunción de la concepción de los hijos en los términos de los artículos 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, y 92 del Código Civil. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en fallo de 14 de mayo de 1954 (T. LXXVII, pág. 667). (Casación Civil, septiembre 25 de 1961. Tomo XCVII, pág. 94, 1ª).

189

RENUNCIA DEL APODERADO

(No produce por sí misma la suspensión del proceso).

El artículo 265 del Código Judicial dice: "La renuncia no pone término al poder si no queda sustituto en reemplazo, o no se hace saber por notificación personal al poderdante sustituidor". Por consiguiente, como en el proceso no existe sustituto, el renunciante debía pedir la notificación personal al respectivo poderdante, con el objeto de quedar desligado de tal representación; pero aun en el supuesto de que se llene esta formalidad, tampoco el proceso se suspende **ipso facto**, porque, informado el mandante, está en el deber de atender a su competente defensa, para no sufrir las consecuencias del voluntario abandono del juicio.

Si así no fuera, si la escueta renuncia del mandatario produjera efecto **ipso facto**, bastaría ocurrir a este fácil subterfugio para suspender el proceso indefinidamente, con evidente desconocimiento del artículo 360 del Código Judicial, en armonía con el numeral 1º del artículo 370 del mismo Código; o bien si el proceso se ha adelantado, no obstante la renuncia del mandatario, demandar la declaración de nulidad de lo actuado con fundamento en un acto propio de la parte a quien favorecía tal declaración, por lo menos para retrotraer términos, practicar o mejorar pruebas, etc., con manifiesto daño de la contraparte que se vería en el caso de soportar graves y quizás irreparables perjuicios por la actuación del apoderado renunciante.

Del todo innecesario es advertir que la notificación personal de la renuncia al mandante, corresponde solicitarla y llevarla a efecto al apoderado renunciante, porque ni el Juez está obligado a hacerlo oficiosamente, ni la parte demandada, en este caso, puede asumir una carga no impuesta por la ley. (Sala de Negocios Generales, 6 de octubre de 1961. Tomo XCVII, págs. 684, 2ª y 685, 1ª).

190

REPRESENTACION JUDICIAL

(Depende de que se formalice por escritura pública o por memorial presentado en debida forma, pero no directamente del auto en que el Juez la admite).

No se actúa válidamente cuando en los términos de la ley es ilegítima la personería de cualquiera de las partes o de su apoderado o representante (2º, 448, C. J.).

La ausencia de capacidad para ser parte o de capacidad procesal, según las hipótesis,

impide el nacimiento del vínculo que la sentencia de mérito está llamada a desatar. Mas si se trata de la procuración judicial y aparece de autos el poder conferido en debida forma a persona apta para ejercerla en nombre de parte, están cumplidos los requerimientos para legitimar en el proceso la representación confiada al mandatario, aunque éste no la haya aceptado expresamente (2º, 450, C. J.); y con mayor razón, aunque el Juez no la haya admitido todavía por medio de la providencia que el artículo 258 señala.

Es notorio que el título de representación judicial en el apoderado, arranca de que se formalice por escritura pública o por memorial presentado personalmente, pero no del auto en que el Juez admite la dicha representación, desde luego que para reconocerla debe previamente existir por voluntad solemne de quien la otorga.

El papel del Juez se limita entonces a verificar si el poder se encuentra bien conferido a quien pueda ejercerlo, y si ha sido presentado en forma legal. Pero la válida actuación del Procurador Judicial no depende del auto del Juez, sino precisamente de que el poder se haya otorgado en debida forma, lo cual en su oportunidad puede discutirse por las partes, aunque el Juez dicte providencia que admita al apoderado.

Es lo que claramente se desprende de la naturaleza de la representación judicial voluntaria y del régimen estricto de las nulidades, que no permite predicarlas sino en garantía del derecho de defensa ante Juez competente.

Por modo que si quien invoca la nulidad por falta de personero, lo tenía legalmente acreditado en juicio para atender a sus intereses, no es oído por la causal 2ª del artículo 448 del Código Judicial, sencillamente porque no era ilegítima la personería de quien ya figuraba como su apoderado en el juicio, con capacidad procesal plena para representar en nombre de su poderdante, aunque todavía no se hubiera dictado el auto que admitiera tal representación. (Casación Civil, septiembre 14 de 1961. Tomo XCVII, pág. 63, 1ª y 2ª).

191

REPRESENTANTES LEGALES DE INCAPACES

(Prueba de la incapacidad de los menores).

Siendo la capacidad procesal un presupuesto propio de cada juicio, ella ha de acreditarse independientemente en cada uno, porque bien puede suceder que cambie de uno a otro, especialmente tratándose de incapaces menores.

Si la capacidad para comparecer en juicio la tienen los incapaces por medio de su representante legal, es necesario que acrediten su incapacidad como menores por medio de las actas de nacimiento; su condición de hijos legítimos con la partida de matrimonio de sus padres, su emancipación del padre legítimo y el tránsito de la patria potestad de la madre, por la muerte de éste, mediante la partida de defunción de aquél. Es la única forma de poder afirmar que la personería del representante de los menores subsiste y es legítima; sin esa prueba la representación legal no existe. (Casación Civil, diciembre 18 de 1961. Tomo XCVII, pág. 224, 2ª).

192

RESCISION DE CONTRATO POR VICIOS REDHIBITORIOS

(Cuándo tiene lugar).

La rescisión del contrato de compraventa por la presencia de vicios ocultos puede tener lugar cuando el vendedor los conocía y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio. En uno y otro caso el vendedor debe restituír o rebajar el precio e indemnizar perjuicios, obligación esta de indemnizar perjuicios que no pesa sobre el

vendedor cuando no conocía los vicios, ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos.

No es, como afirma el recurrente, que el ánimo de lucro condicione la obligación del vendedor para responder de los vicios redhibitorios. La ley civil, en general, no tiene en cuenta el lucro que de manera especial prevé el Código de Comercio, sino la conmutariedad del contrato. El ordenamiento civil sólo exige que de parte del vendedor haya habido conocimiento de los vicios sobre los cuales guardó silencio —caso de mala fe—, o que el vendedor debió conocerlos por razón de su profesión u oficio —caso de culpa—, sin que cuente el ánimo de lucro. (Casación Civil, noviembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 156, 2ª).

193

RESERVA NACIONAL DE MINAS

(Régimen legal. Oposición a las concesiones de minas de metales preciosos).

Por regla general, las minas de metales preciosos tienen la calidad de adjudicables, a excepción de las de aluvión ubicadas, primero, en el lecho de cualquier río, más tarde restringida a la de los navegables y, por último, según la Ley 13 de 1937, comprende además una zona de un kilómetro de ancho a cada lado del respectivo río navegable. Estas minas que integran la llamada reserva nacional, no pueden adjudicarse, sino que su laboreo está condicionado a la celebración del respectivo contrato, por cuya circunstancia se las denomina "contratables".

El artículo 1º de la Ley 13 de 1937, en el primer inciso dispuso: "La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicados en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por medio de contratos celebrados con el Gobierno, que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado".

En el segundo artículo se definió qué debía entenderse por río navegable; en el tercero se fijó el mínimum del canon de arrendamiento o concesión; en el cuarto establece la libertad de cateo, exploración y explotación de esta clase de minas, con las limitaciones y obligaciones impuestas a los mineros para pagar o caucionar los posibles perjuicios causados a los propietarios del suelo, colonos o arrendatarios, en predios destinados a la agricultura o ganadería, como también faculta al Gobierno "para señalar las zonas en las cuales no puede denunciarse minas de aluvión", cuando estén destinadas a las empresas últimamente mencionadas.

El Decreto número 1343 de 22 de julio de 1937 reglamentó los cuatro primeros artículos de la Ley 13 mencionada; y al efecto, en el artículo 15 del dicho Decreto se lee: "En caso de que se presenten varias propuestas sobre una misma zona, el Ministerio de Industrias y Trabajo escogerá, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presentación de la primera propuesta, con cuál de los proponentes debe adelantarse la tramitación del negocio, teniendo en cuenta el primer proponente, la calidad de los estudios presentados, las mayores ventajas que se ofrezcan a favor del Estado, la condición de propietario del suelo, la calidad de colono o cultivador, la capacidad financiera de los proponentes y la garantía en la eficacia de la explotación. (Artículo 19, Decreto 1054 de 1932)". (D. O. No. 23683, página 199).

La Ley 85 de 1945 reglamentó las oposiciones a las concesiones de minas de la reserva nacional, para lo cual, en primer término, escogida la propuesta más favorable por el Ministerio y publicados los avisos o carteles en la forma ordenada en el inciso 1º del artículo 1º, en los dos siguientes apartes dispone:

"Mientras no hayan transcurrido tres meses, a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse a que se celebre el contrato propuesto, presentando su oposición por escrito ante el Ministerio del ramo o ante la respectiva Gobernación, Intendencia o Comisaría, y acompañando prueba, aunque no sea plena, de los fundamentos de su oposición.

"Formulada la oposición, cuando el fundamento de ella fuere la propiedad de los minerales, el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior de Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno, para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata. En este juicio será actor el opositor, y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación. Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios".

De lo someramente expuesto, en relación con las minas contratables por hallarse dentro de la zona reservada por la Nación, el propietario del suelo o el colono, en su caso, tienen la facultad, como un vínculo jurídico inherente a la naturaleza del yacimiento, a oponerse a la celebración del respectivo contrato por ser de propiedad privada los metales preciosos, o por hallarse ubicada la mina en una zona de prohibida explotación (inc. 4º, art. 4º, Ley 13 de 1937), o por tener un derecho preferente a la celebración del contrato, como propietario del suelo, según el transcrito artículo 15 del Decreto 1343 de 1937. (Sala de Negocios Generales, 22 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 752, 2ª y 753, 1ª).

194

RESPONSABILIDAD

(Art. 12 del Código Penal).

La ley penal colombiana fundamenta la responsabilidad en la actividad psico-física del agente, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 12 del Código. No hay, pues, delito sin culpabilidad, es decir, sin que la conducta sea intencional o culposa. (Casación Penal, octubre 17 de 1961. Tomo XCVII, pág. 398, 2ª).

195

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

(El juzgador de instancia goza de autonomía para señalar el modo de satisfacer la prestación indemnizatoria).

Las disposiciones sobre alimentos que componen el Título 21 del Libro Primero del Código Civil, no fueron dictadas para determinar la forma de pago de la indemnización de los perjuicios que la culpa aquiliana llegue a causar a quienes por la muerte de una persona se ven privados del beneficio económico que de ésta recibían. Esas disposiciones fueron dictadas para proveer a los deberes que especialmente en el núcleo familiar existen por derecho natural a cargo de sus miembros, en razón de las circunstancias pecuniarias en que pueden hallarse, y no como pautas complementarias del Título 34 del Libro Cuarto del mismo Código, sobre la responsabilidad extracontractual; si bien algunas de sus normas guardan relación con una materia en que se trata de resarcir el daño causado a quienes por razón de los vínculos familiares, tenían el derecho de demandar cuidados de distinta especie, incluída la económica, de los cuales se han visto privados por la culpa o el dolo de terceras personas.

Si el Título 34 aludido no trae ninguna regla sobre la forma de pago del resarcimiento que impone la responsabilidad extracontractual, y el Título 21 del Libro Primero, en cuanto prescribe satisfacer mensualmente la pen-

sión fijada por el Juez, contempla las cargas alimentarias impuestas por la ley, y no las prestaciones por la reparación del daño producido por los delitos y las culpas, no se remite a duda que el juzgador de instancia está en libertad de adoptar la forma de pago que más se avenga a las peculiaridades de cada situación concreta: una suma global única, o bien una pensión periódica durante un tiempo determinado. Esta facultad discrecional no existe en la legislación laboral colombiana, ya que el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las indemnizaciones sean pagadas de una vez en total, según las reglas allí dadas; al paso que en otras, como la francesa, rige la norma opuesta, según la cual debe satisfacerse una renta cuando el accidente de trabajo causa el fallecimiento o una incapacidad permanente.

No hay, pues, en las leyes civiles del país texto que consagre una manera o forma individualizada de cumplir la obligación de resarcir los perjuicios causados por la culpa aquiliana. Sentencia de la Corte —Sala de Negocios Generales—, de fecha 17 de junio de 1938 (XLVI. 1937. 677), habla del criterio de equidad, de relativa libertad, de que disfruta el Juez, ya que "no es posible aplicar una justicia matemática"; y habiéndose discutido sobre la forma de pago de la reparación, por muerte de la víctima, quien suministraba a sus padres cuidados económicos, reza que "debe partirse de la base de que la obligación de reparar es una obligación de hacer", y "como no se trata de obligaciones de alimentar en virtud de vinculaciones consanguíneas, cuando se trata de una indemnización por muerte, debe condenarse a una cantidad fija". Este fallo deslinda ya el terreno de los deberes legales de prestar alimentos, a que se contrae el precitado Título 21, del campo de la de los delitos y cuasidelitos como fuente de indemnización por el perjuicio causado. Y en fallo de 7 de octubre de 1947 (LXIII, 2055 y 2056, 489), dice la misma Sala, con motivo de la petición del Procurador, de que fuese señalada una pensión periódica, que "no es jurídicamente aceptable la solución consistente en señalar en un caso de la naturaleza del actual, cuotas fijas para prestaciones periódicas, en lugar de una cantidad global pagadera al contado como monto de la indemnización". Lo cual demuestra que para nuestra doctrina, si bien en pocos casos pronunciada, el juzgador de instancia goza de autonomía para señalar el modo de satisfacer la prestación indemnizatoria, consultando en cada caso las circunstancias y modalidades que la configuren, a fin de que las decisiones en esta materia sean ante todo equitativas, aunque el señalamiento de pensión por mesadas anticipadas pudiera considerarse en general como criterio menos aconsejable que el de una determinada cantidad de dinero para valorar el monto de la indemnización.

Esto anotado, se observa que en la doctrina contemporánea, tanto jurisprudencial como de los autores, es aceptada en materia civil la dicha autonomía en instancia, para elegir el sistema que consulte con mayor claridad las exigencias de cada caso, en aquellos países en donde no existe disposición legal que señale ninguno en particular (V. René Savatier, "Traité de la Responsabilité Civile", II, No. 616. 2ª ed.; Arturo Alessandri Rodríguez, "La Responsabilidad en el Derecho Civil Chileno", No. 449. Año 1943; Henri y León Mazeaud, "Traité de la Responsabilité Civile", III, No. 2331. 4ª ed.; Planiol, Ripert y Esmein, "Traité Pratique de Droit Civil Française", VI, No. 682. ed. año 1932).

Se sigue necesariamente de lo anterior, que la decisión de instancia que determina la manera de satisfacer la indemnización —una cantidad alzada o sumas periódicas— no sustrae de la censura en el recurso de casación. Se trata de cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde privativamente a los Jueces comunes, en vista de las peculiaridades que cada caso presenta, por una parte; y en ausencia de una norma que determine la forma de pago, por otra. (Casación Civil, septiembre 21 de 1961. Tomo XCVII, págs. 79, 1ª y 2ª y 80, 1ª y 2ª).

196

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(El artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa).

No comparte el señor Procurador Delegado el criterio ya tradicional de la Corte sobre interpretación del artículo 2356 del Código Civil. Su razonamiento se encamina a demostrar que, al tenor del referido artículo, para que haya lugar a la reparación del daño el demandante debe acreditar que el agente obró con negligencia o malicia, contra la reiterada jurisprudencia de la Corte que enseña que la expresada norma se aparta del sistema general que establece esa reparación con base en la culpa probada, para consagrar una presunción de culpa que sólo puede desvirtuarse con la prueba de la causa extraña, del caso fortuito o de la fuerza mayor liberatoria.

Conocida es, sin embargo, la forma como la presión creciente de los hechos sociales y económicos, y especialmente del progreso mecanizado, impulsa en muchos países una evolución legislativa dirigida a facilitar a la víctima el resarcimiento del daño, en caso de riesgo creado o de hechos que por sí mismos denuncian una conducta negligente o ilícita, y cuando no una evolución legislativa, por lo menos un desarrollo jurisprudencial que, como el cumplido en Francia, en Chile y en Colombia, ha venido a descubrir en los preceptos que regulan la responsabilidad extracontractual verdaderas presunciones de culpa y de responsabilidad que implican, por lo que hace a la carga de la prueba, excepciones a la regla general sobre culpa probada que contiene el artículo 2341 del Código Civil.

En casación de 14 de marzo de 1938 (G. J., XLVI, 216 ss.) dijo la Corte, acogiendo la doctrina postulada por eminentes comentaristas de los códigos colombiano y chileno, que el artículo 2356 del Código Civil consagra una "presunción de responsabilidad" (otros dicen de peligrosidad o de causalidad), que resulta de los términos mismos en que está concebida la norma, pues que, según ellos, sólo se exige que el daño **pueda imputarse** a malicia o negligencia del agente para que deba ser considerado "como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer"; de donde se deduce que la prueba corresponde al demandado.

Pero no se detuvo ahí la Corte, sino que completa la doctrina así formulada deduciendo consecuencias que no podía menos de sacar de las anteriores premisas; y es así como admite que la única prueba oponible a la presunción del artículo 2356 es la de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de una causa extraña al demandado: "El artículo 2356 —se expone en aquel fallo, cuya doctrina ha venido siendo reiterada en numerosas decisiones de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales— parte de la base de la imputabilidad de culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandado de responsabilidad, a saber: a) la fuerza mayor; b) el caso fortuito, y c) la intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente"; conclusión lógica, porque siendo el fundamento de la presunción la **posibilidad** de imputar el daño a malicia o negligencia, esto es, el reconocimiento de que hay hechos que por sí solos demuestran la culpabilidad del autor dentro de un razonable cálculo de probabilidades humanas, aun acreditado en términos generales, su diligente y cuidadoso proceder, la sola ocurrencia del perjuicio continúa denunciando, en ciertos casos, un error de conducta, mientras no se establezca la presencia de una causa extraña o del caso fortuito o la fuerza mayor eximentes de responsabilidad. Es por tanto la virtualidad de una apariencia puesta de manifiesto por un hecho indicador —el daño— lo que en este caso hace insuficiente la prueba general de la ausencia de culpa, puesto que esta última prueba no alcanza a destruír la apariencia

creada por aquel hecho indicador, o más propiamente, la fuerza de éste para hacer inferir un error de conducta, sino que para lograrlo se hace indispensable la prueba específica de otro hecho que descarte la verosimilitud de la conducta culposa o ilícita del demandado.

Las siguientes razones son las que contribuyen a establecer que la anterior interpretación es la que conviene al artículo 2356 del Código Civil:

De las disposiciones que en el Título 34 del Libro IV del Código Civil regulan la responsabilidad extracontractual, hay unas —las de los artículos 2341 y 2351, por ejemplo— que a tenor del texto consagran la responsabilidad por culpa probada, pues que el supuesto jurídico de dicha responsabilidad es en los casos a que esa regla se refiere que el demandado haya **cometido** la culpa o el ilícito, por lo cual el **onus probandi** incumbe al actor. Hay otras —como las de los artículos 2346, 2347, 2348, 2349, 2350 y 2351— que prescriben un deber general de vigilancia y cuidado, o sea una obligación de medio (tomar las medidas necesarias para no causar daño), de modo que cabe la presunción de que si sobreviene un perjuicio es debido a una infracción que hace responsable al autor de ella; pero por ser de medio la obligación infringida, a la presunción le es oponible la prueba general de la ausencia de culpa. Otras hay, finalmente —las de los artículos 2345, 2353, 2355 y 2356— en que el supuesto jurídico de la responsabilidad no es ya solamente haber faltado al deber general de observar una conducta prudente, sino que ese deber se desplaza hacia la obligación específica —de resultado— de no causar daño en el ejercicio de una actividad que, peligrosa o no en sí misma, bien por su naturaleza o ya por las circunstancias en que se desarrolla, requiere especiales precauciones, al punto de no ser suficiente para exonerarse de responsabilidad la prueba de la diligencia y cuidado, sino que es menester la del hecho que demuestre que tal responsabilidad no puede serle atribuída al demandado en ningún caso.

No otra cosa es lo que a tenor del texto está expresando el artículo 2356. La inflexión verbal de subjuntivo **pueda**, que rige la proposición con que comienza el precepto y precisa el objeto sobre que recae el deber de reparar, y que equivale a locuciones como "que sea posible", "que sea dable", "que sea susceptible", etc., está indicando —cómo en otras oportunidades lo ha hecho notar la Corte, en acuerdo con Alessandri Rodríguez (Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz)— que con solo que sea posible la imputación de culpa dentro de un razonable cálculo de probabilidades, ella se presume y, como consecuencia, el deber de indemnizar; de modo que basta con que el perjuicio sea susceptible de ser atribuído a "malicia o negligencia", por motivo de una apariencia que autorice la presunción, para que se suponga la existencia de un error de conducta que obliga a responder si no se comprueba una causal exonerativa de responsabilidad. Y ello, como se observó ya, porque la norma no se limita a prescribir una regla general de conducta, sino que en sus términos está implícito el deber jurídico de no causar daño y de reparar el que se ocasione, siempre que el agente no logre acreditar la imposibilidad de haber incurrido en culpa, lo que sólo puede realizarse en la forma que ha quedado expresada.

Afirma el señor Procurador Delegado que la exigencia de "que el hecho pueda imputarse a 'malicia o negligencia'... equivale a decir que el demandante debe probar dichos elementos", sin parar mientes en que la referencia a ellos no tiene en el artículo 2356 el alcance de un precepto relativo a la organización y disciplina de la prueba, sino la finalidad de descartar la responsabilidad simplemente objetiva, extraña al sistema general del Código —que no obstante la consagra por vía de excepción en el artículo 2354—, para fundar la obligación de resarcir en el elemento subjetivo de la culpa, más bien que

en el riesgo creado como pudiera entenderse si en vez de aludir a la falta de prudencia la regla impusiese el deber de indemnizar con solo que el perjuicio pueda imputarse al demandado.

Por estas razones la Sala, en desacuerdo con el concepto del Procurador, reitera una vez más la doctrina largamente sostenida por la Corte en sus Salás de Casación Civil y de Negocios Generales, conforme a la cual el artículo 2356 consagra una presunción de culpa que no puede desvirtuarse con la prueba general que sería oponible, según el artículo 63 del Código Civil, sino que exige la del hecho eximente de responsabilidad ya que el deber de indemnizar no resulta en este caso de la infracción de una obligación de medio sino de una de resultado; aunque sin llegar a la responsabilidad objetiva, pues que ese deber se funda de todos modos en la culpa, y, por consiguiente, es susceptible de que se le opongan motivos adecuados de exoneración. Y como, siendo de presumirse la culpa, en el caso concreto de este juicio no se ha acreditado que el accidente se debiera a caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un tercero, sino que el esfuerzo de la parte opositora se ha dirigido exclusivamente a establecer la prueba general de la diligencia y cuidado, la Corte encuentra ajustadas a la ley las conclusiones del fallo de primer grado en cuanto impone a la Nación la obligación de responder por el hecho ejecutado por su dependiente. (Sala de Negocios Generales, 14 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 784, 1ª y 2ª; 785, 1ª y 2ª y 786, 1ª).

197

RESPONSABILIDAD PENAL

(Art. 29 del C. P.).

Dice el artículo 29 del Código Penal que "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 cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro".

En sentencia de 28 de febrero de 1942 (G. J., T. LII, p. 476), dijo esta Sala, reiterando lo que en varias oportunidades anteriores había señalado, que "los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado".

En el informativo consta que el procesado se encontraba en estado de embriaguez. Pero de ello no se desprende que padeciera una intoxicación crónica producida por el alcohol.

No obra en el proceso examen psiquiátrico alguno, ni antecedente de ninguna naturaleza, que permitan dar pie para afirmar ese supuesto estado de intoxicación crónica en el sindicado. Mal podía, entonces, tomar en cuenta el **ad quem** la previsión contenida en el artículo 29 del Código Penal, pues no hay prueba alguna que tal cosa acredite. (Casación Penal, noviembre 22/61. Tomo XCVII, págs. 501, 2ª y 502, 1ª).

198

REVISION

(Art. 571, ord. 5º del C. de P. P.).

Hay lugar a **revisión** (ordinal 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal) **"cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".**

De acuerdo con el texto transcrito, la acción dirigida a dejar sin fundamento la sentencia condenatoria que ha hecho tránsito a cosa juzgada, admite dos excepcionales supuestos:

a) Los hechos nuevos o las pruebas no conocidas al tiempo de los debates ordinarios de la causa, establecen **plenamente** la inocencia o irresponsabilidad del condenado, y b) Esos hechos o pruebas constituyen, cuando menos, indicios graves en el mismo sentido. (Sala Penal, septiembre 4/61. Tomo XCVII, pág. 232, 1ª).

199

REVISION

(Art. 571, numeral 5º del C. de P. P.).

La prueba de cargo, constituída por varios testimonios y por otros graves y vehementes indicios, al confrontarla con la que ahora se ofrece para la revisión, mantiene su primitivo valor. Aparte del origen sospechoso de los nuevos testimonios, de los cuales no es propio decir que contienen la confesión de los verdaderos criminales, y aparte, también, de la vaguedad y extemporaneidad de sus revelaciones, dichos elementos no tienen la entidad de indicios graves que hagan presumible la inocencia del recurrente. "Este recurso —expresó la Corte en sentencia de 25 de marzo de 1938, refiriéndose de modo concreto a la causal 5ª— no puede afirmarse en el artificio consistente en la afirmación de unos testigos de que el procesado estuvo ausente del lugar de los sucesos el día en que se cometió el delito, o en sostener que fue otra persona el autor del delito imputado al condenado". En realidad, si los hechos nuevos o las nuevas pruebas no atacan de fondo, por su base y en lo sustancial, el recaudo probatorio hallado apto por las instancias para proferir sentencia condenatoria, la revisión es improcedente, pues como recurso extraordinario ataca la cosa juzgada, su admisión tiene que condicionarse, por preponderantes razones de orden público y respeto de la juridicidad de los fallos, a presupuestos probatorios que den sólido fundamento a la presunción de error judicial en la condena. (Casación Penal, septiembre 4/61. Tomo XCVII, pág. 233, 1ª).

200

RETROACTIVIDAD DE LA LEY

(Aplicación ley favorable).

Respecto a la aplicación de la ley procesal más favorable al sindicado cabe transcribir las siguientes doctrinas de la Corte:

"Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del procesado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringirá en perjuicio de éste" (sentencia de 13 de septiembre de 1945, G. J., LIX, p. 539).

"A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior". (Autos de 22 de septiembre de 1950, G. J., LXVIII, pág. 232, y de 29 de septiembre de 1950, G. J., LXVIII, pág. 271). (Casación Penal, noviembre 2/61. Tomo XCVII, pág. 424, 2ª).

201

ROBO

(Interpretación y alcance de los numerales a que se refiere el art. 404 del C. P.).

Como cada uno de los numerales de los artículos citados en el texto del 403, se refieren a situaciones jurídicas concretas, es evidente que si el legislador apenas hubiere considerado como tales los allí determinados, no habría necesitado de un texto especial para crear un tipo de delincuencia mayor, con pena

también más rigurosa, como en el caso del artículo 404, en sus distintas formas de comisión delictuosa.

Si se analiza detenidamente esta disposición, se advierte en forma inmediata que presenta situaciones jurídicas que dicen relación, tanto a los individuos separadamente como a hechos personales extraños a aquéllos, que aumentan el dolo y la peligrosidad en la ejecución del delito y otras a hechos puramente materiales que tienen esos mismos fines. Así el primer numeral hace referencia a una circunstancia, que por ser de lugar puede depender tanto de un hecho personal del agente, como por haber escogido las horas de la noche para realizar el ilícito, como a una de orden material, el empleo de armas, esto es una circunstancia de modo. En cambio el numeral 2º hace relación concretamente a una situación personal de los delincuentes, pues la organización en cuadrilla permanente implica un acto de voluntad individual destinado a un fin delictivo. Por su parte el numeral 3º constituye otros tantos hechos de orden material, ya que la efracción o rompimiento, el escalamiento y el empleo de llaves falsas o ganzúas bien claro indican que son medios o instrumentos escogidos por el criminal para llevar a cabo sus intentos delictivos, lo mismo que la circunstancia que señala el numeral 4º, de orden también material, pues con todas estas formas o sistemas de ejecución sí es cierto que los resguardos con los que la víctima cuenta para proteger su propiedad y aun su persona son ineficaces por la acción del agente, que no escatima emplear cualesquiera de ellos, por más peligrosos o depravados que se le supongan, para lograr su objetivo de atentar contra el patrimonio ajeno.

Por tanto, puede decirse como conclusión, que en esta materia casi que resulta un aforismo decir que el uso de llave o instrumento que sirva para abrir las cerraduras por la persona que no tiene derecho a ello es lo que determina el agravante de llave falsa, conforme al numeral 3º del artículo 404 del Código Penal.

Y que ello es así, lo dice la misma doctrina y jurisprudencia en sentencias de 13 de septiembre de 1944, LVII, 666, y de 25 de noviembre de 1955, Tomo LXXXI, págs. 836 y siguientes de la **Gaceta Judicial.** (Casación Penal, 3 de octubre de 1961. Tomo XCVII, págs. 379 y 380, 2ª y 1ª).

202

ROBO CALIFICADO

(A mayor peligro debe corresponder mayor acción de reproche a la conducta delictuosa).

El Código tutela el lugar habitado o sus dependencias inmediatas, dando denominación de robo calificado al que realiza un delito contra la propiedad en tales circunstancias. Ello se explica por la índole misma del motivo que causa agravio al patrimonio ajeno, así se tome éste en un sentido meramente económico, sino también atendiendo al ámbito de la seguridad personal de la víctima del reato. Porque no es exagerado pensar que cuando se realizan determinados sistemas de ataque al patrimonio ajeno, ellos incidan también contra las personas, aunque ello suceda en forma indirecta, por el peligro que representa contra ellas tal atentado. El ladrón sorprendido es capaz de todo, y si la sorpresa se produce en donde el hombre posiblemente puede tener su habitación, cobra inusitada importancia jurídica el concepto, para desembocar en la tutela de un peligro que la ley penal debe considerar como circunstancia agravante de la responsabilidad, porque a mayor peligro debe corresponder mayor acción de reproche a la conducta delictuosa. De otra suerte, se tendría en cuenta sólo un término de la ecuación, el ente jurídico del delito, descuidando o desconociendo la peligrosidad, que es en el Código Penal vigente, junto con aquel primer concepto binomio necesario para la sancionabilidad penal. (Casación Penal, octubre 3/61. Tomo XCVII, pág. 385, 2ª).

203

ROBO

(Circunstancias agravantes).

Ciertas discordancias individuales no conllevan a desconocer una doctrina general que orienta las decisiones de la justicia, cuando se ofrece la necesidad de dar contenido jurídico a una forma de expresión usada en el Código. Puede haber autor que niegue relevancia penal calificante de robo a un determinado supuesto; pero de que ello ocurra no se desprende la inexistencia de una doctrina general que unifica la mayoría de las opiniones, las que concuerdan todas en señalar ciertos presupuestos para que se dé categoría agravante a una determinada circunstancia, y en tal evento la jurisprudencia que trata de orientar la interpretación de un código determinado, puede servirse de aquellos criterios de autoridad que guarden más consonancia con el espíritu que informa la legislación que se trata de interpretar. De aquí que si el estatuto, como ocurre con el Código Penal Colombiano, atiende al resguardo de las personas para su seguridad propia y la de sus bienes, y a la peligrosidad del delincuente, resulta adecuado valorar la calificante del robo cuando el ladrón vulnera derechos protegidos o tutelados de manera que dé a las circunstancias agravantes un contenido jurídico específico, porque crea una norma que conviene al rigor penal que dio la ley a la ejecución de ilícitos en donde mediaran esas circunstancias, como acontece con el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal. (Casación Penal, octubre 3/61. Tomo XCVII, pág. 386, 2ª).

204

ROBO

(Peligrosidad del ladrón).

Es doctrina aceptada en la legislación universal que el ladrón que ataca la propiedad ajena por los medios que configuran el robo, ya sean personales o materiales, o que correspondan al concepto objetivo o subjetivo de la manera de encarar el problema, en cada caso y en cada legislación "acusa una peligrosidad tal que sobrepasa la propia del hurto para entrar en el ámbito de lo excesivo y dañoso, por el mayor agravio que el hecho produce y la mayor inseguridad que crea, desde luego que el delito despierta mayor grado de alarma social y más destaca inseguridad pública". La voluntad delictuosa del agente se perfila como más protuberante, pues ninguna seguridad externa de las cosas se respeta, sino que por el contrario, se quebranta por el empleo de la violencia, avanzando el peligro hasta crear un grave riesgo a la misma inseguridad de las personas, ya que es bien sabido que el ladrón no se detiene ante nada ni ante nadie, y cuando se ve sorprendido es capaz de atacar para cubrir la retirada, asegurar el producto de su rapiña y obtener a cualquier precio la impunidad. (Casación Penal, octubre 3/61. Tomo XCVII, pág. 386, 2ª).

S

205

SALARIO

(Son diferentes las situaciones de hecho que regulan los artículos 143 y 144 del C. S. T.).

Del enunciado y desarrollo de la acusación, claramente se desprende que el ataque del recurrente se centraliza en forma principal en los artículos 143 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo. Mas, a juicio de la Sala, las dos disposiciones son de contenido diferente, ya que la primera es reguladora del principio "a trabajo igual, salario igual", y la segunda del relativo a la "falta de estipulación de salario", es decir, que el artículo 143 necesariamente hay que referirlo a factores de equivalencia o comparación (puesto, jornada y condiciones de eficiencia) entre dos o más tra-

bajadores con base en un determinado salario o salario conocido, que es al que aspira el trabajador que lo reclama por hallarse en igualdad de condiciones con el que devenga mejor remuneración; en cambio, el 144 regula los casos de falta de estipulación de salario, es decir, cuando éste se desconoce y, por lo mismo, para precisarlo hay que seguirse por el que "ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y la calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región". Como se ve, los preceptos mencionados son inconfundibles, y de ellos no es aceptable predicar una violación simultánea, por cuanto regulan situaciones de hecho diversas. De suerte, pues, que el cargo ha debido proponerse señalando una u otra norma, pero no por la infracción concomitante de las mismas. (Sala de Casación Laboral, 30 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 600, 1ª).

206

SEGUNDA INSTANCIA

(Facultades del fallador al revisar una sentencia absolutoria).

¿Puede el fallador de segunda instancia, al revisar una sentencia absolutoria, declarar la nulidad del proceso? Es lógico que sí. Pero: ¿puede también asumir de inmediato la competencia para ordenar —en el mismo proveído— y ejecutar medidas preventivas, como las del embargo y secuestro de bienes del procesado —y aun su misma encarcelación preventiva—, sin que esté ejecutoriada la providencia que dispone esa nulidad del proceso? Debe responderse que no, por cuanto sin estar en firme el auto que declara una nulidad, lo actuado, que se estima como nulo, mantiene su validez, aun la misma sentencia absolutoria que revise el **ad quem,** como revisaba en este caso el Tribunal Superior de Bogotá. (Casación Penal, septiembre 7 de 1961. Tomo XCVII, pág. 285, 1ª).

207

SENTENCIAS EXTRANJERAS

(Cumplimiento en Colombia de los fallos civiles dictados por los Tribunales de España).

El Convenio entre Colombia y España, para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países, firmado el 30 de mayo de 1908 y aprobado por la Ley 7ª de 1908 —13 de agosto—, se halla vigente, y su conocimiento obliga a los Jueces sin necesidad de que parte interesada traiga a los autos la prueba de su existencia. (Casación Civil, octubre 18 de 1961. Tomo XCVII, pág. 129, 2ª).

208

SIMULACION

(En la que afecta las legítimas, el legitimario actúa iure proprio).

Si la apariencia de enajenación se mantuviera como eficaz en derecho, obvio sería el menoscabo de las asignaciones forzosas, que por motivos de orden público limitan la capacidad dispositiva del causante sobre su propia herencia. Lo cual es muy elocuente para demostrar que quienes como titulares de asignaciones forzosas y en su defensa ejercitan la acción de prevalencia, proceden **iure proprio** con apoyo directo en la ley, y no en el lugar jurídico del causante, cuya voluntad precisamente discuten e impugnan.

Cuando esto sucede, la simulación frente a los asignatarios forzosos es un **hecho,** para el cual no existe limitación de medios probatorios en la tarifa legal. (Casación Civil, octubre 27 de 1961. Tomo XCVII, pág. 137, 1ª y 2ª).

209

SIMULACION

(Prueba para obtener la prevalencia del acto oculto sobre el disimulado).

Cuando entre los contratantes se discute simulación y, el convenio ostensible se hizo

constar por escrito, por obligación legal o por voluntad de las partes, las pruebas para obtener la prevalencia del acto oculto sobre el disimulado, no pueden ser otras que la confesión, la contraprueba literal de la voluntad auténtica, o un principio de prueba por escrito, completado por testigos, presunciones o indicios, porque el destino de tales pruebas es hacer desaparecer el presunto contenido de verdad atribuído por la ley a los actos jurídicos a que se refiere el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, para cuyo caso, en busca de la mayor certeza posible, se exigen pruebas de calidad equiparable a la que se pretende destruír. (Casación Civil, octubre 5 de 1961. Tomo XCVII, págs. 107, 2ª y 108, 1ª).

210

SIMULACION

(Restricción probatoria para quienes como herederos o continuadores de una persona impugnan por simulación los contratos celebrados por ella).

No es admisible el aserto de que los herederos del simulante, sea que obren como continuadores de su persona, esto es, en nombre de la universalidad hereditaria, sea que obren como terceros, en nombre propio, para defender sus asignaciones forzosas frente al acto simulado, gozan en todo caso de plena libertad probatoria. Si esta tesis encontró cabida en sentencia de casación de 5 de septiembre de 1957, que cita el recurrente, habiendo aparecido antes, en la de fecha 31 de octubre del año inmediatamente anterior, ella no tuvo afortunada supervivencia, pues la Corte a vuelta de poco tiempo restauró la doctrina que en este particular imperaba en agosto de 1956, y de que fue expresión culminante la sentencia de casación de 8 de junio de 1954 (LXXVII, 2142, pág. 794).

Por lo mismo, afirmó la restricción probatoria al respecto, en casación de 16 de junio de 1959, **cuya doctrina está en pie** (XC, 2211-2212, pág. 646). (Casación Civil, diciembre 6 de 1961. Tomo XCVII, pág. 217, 1ª).

211

SIMULACION Y NULIDAD

(Situación de los terceros frente a las sentencias pronunciadas en una y otra acción).

Por la sentencia declarativa de simulación con respecto a terceros desaparecen **ex nunc** los efectos jurídicos que por su apariencia externa produjera el acto simulador; en tanto que la nulidad judicialmente declarada suprime **ex tunc** los efectos del negocio jurídico. Es, en verdad, por ley como la simulación no produce consecuencias contra terceros (1766, C. C.), a diferencia de la nulidad que además de restituír a las partes "al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", por regla general "da acción reivindicatoria contra terceros poseedores" (1746, 1748, ibídem). (Casación Civil, octubre 27 de 1961. Tomo XCVII, pág. 136, 2ª).

212

SIMULACION Y NULIDAD

(Son acciones distintas. — Finalidad y características de la primera).

La jurisprudencia de la Corte desde 1954 se ha orientado definitivamente en el sentido de individualizar y distinguir las acciones de nulidad y de simulación, como lo hiciera ya en el lapso de 1935 a 1940.

La verdadera fisonomía de la acción de simulación se caracteriza por la finalidad de desvanecer el acto aparente, revelar la realidad y conseguir que prevalezca el querer auténtico de las partes, y no porque incidan vicios o defectos de forma que frustren la eficacia de la voluntad como en los actos nulos, sino porque debe suprimirse la apariencia del negocio que apenas se finge con el propósito

de ocultar, o que no se quiso cambio alguno de la situación jurídica preexistente, si la simulación es absoluta; o disfrazar con lo ostensible el acto secreto, si la simulación es relativa.

Sobre el particular, entre otras varias sentencias de casación, puede verse la de 2 de septiembre de 1954 (LXXVIII, 2146, 553). (Casación Civil, octubre 27 de 1961. Tomo XCVII, pág. 136, 1ª y 2ª).

213

SIMULACION Y NULIDAD

(Son figuras jurídicas distintas).

En diversas oportunidades la Corte ha tenido ocasión de puntualizar la génesis y las vicisitudes de la simulación y de su acción de prevalencia; ha señalado la época doctrinaria en que se tuvo la simulación como causa de nulidad; ha fijado el hito que separa las dos etapas en que por obra de su jurisprudencia para fenómenos distintos señaló acciones de contenido y características propias; ha registrado y rectificado el retorno que a la vieja tesis ocurriera de 1941 a 1944, y ha vuelto de 1954 en adelante por los principios expuestos en 1935, con el objeto de conservarles a esas acciones "su peculiar trascendencia, que arranca de los hechos generadores y no del nombre que errónea o acertadamente el actor le haya dado a la demanda", como también para despejar la imprecisión anotada por el Tribunal.

Con ese criterio parece útil recordar ahora algunas de las doctrinas de la Corte, al respecto, a partir de 1954. Sobre el particular pueden verse las casaciones contenidas en la **Gaceta Judicial**, Tomos LXXVII, 2140, pág. 343; 2141, págs. 554-555; 2142, págs. 791 a 793; XC, 2210, pág. 325; XCI, pág. 849, y en 1960 la dictada en el juicio de Jesús Moreno Vargas frente a Félix Romero Castro.

Toda la teoría de la simulación encuentra su fundamento principal en el artículo 1766 del Código Civil, sin que éste pueda propiciar confusión o crear equivocaciones. Y más aún, si se tratase de simulación relativa o en general, si se ejercitara la acción de prevalencia, pertinente tanto para la simulación absoluta como para la relativa, según lo tiene aceptado la jurisprudencia, sería el artículo citado el aplicable, cuando de lo que se trata es de buscar que aparezca la voluntad auténtica de los contratos sobre la oculta o simulada. (Casación Civil, septiembre 7 de 1961. Tomo XCVII, págs. 53, 2ª; 54, 1ª y 56, 1ª).

214

SISTEMA PROBATORIO EN MATERIA LABORAL

En el proceso del trabajo el Juez aprecia las pruebas con libertad, sin otro límite que el emanado de las reglas de la sana crítica, los cuales debe observar, y el que le está impuesto cuando para la prueba del acto jurídico la ley ha establecido una solemnidad esencial para su validez (artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral). Por esta razón no son atendibles los argumentos sobre el valor de la prueba testimonial en el proceso civil, de que trata el artículo 697 del Código Judicial, de aplicación al proceso laboral, según el recurrente. (Sala de Casación Laboral, 25 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 622, 1ª y 2ª).

215

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

(Consulta).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, la consulta de los sobreseimientos definitivos que se hayan decretado en el mismo auto de llamamiento a juicio, se surte por medio de copias, "sin suspender el juicio", lo que quiere decir que la tramitación de éste en modo alguno está subordinada a la consulta de los sobreseimientos. (Casación Penal, septiembre 19 de 1961. Tomo XCVII, pág. 344, 2ª).

216

SOLIDARIDAD PATRONAL

(También comprende a los patronos que no persiguen fines de lucro).

Una de las razones que tuvo el Tribunal para no reconocer la solidaridad entre las entidades que aparecen como demandadas, expresa que lo previsto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no da base para sustentar la solidaridad en el caso de autos, puesto que el asunto **sub lite** no se refiere a una sociedad comercial, ni a una empresa, sino a "una entidad de carácter neta y exclusivamente cívico, sin fines de lucro", como rezan los estatutos de la misma.

La Sala no comparte las apreciaciones del Tribunal sobre la solidaridad establecida en el artículo 36 citado. Este precepto habla en un sentido general de las sociedades de personas sin distinguir entre las de tipo civil o comercial o las simples corporaciones. Ahora bien, el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, también acusado por el recurrente, y relativo al régimen jurídico de los patronos que no persiguen fines de lucro, comienza por disponer que tales patronos "quedan sujetos a las normas del presente Código". Luego a ellos se aplican las regulaciones sobre contrato de trabajo, y por tanto lo concerniente a las obligaciones que de él surgen a cargo del patrono. La diferencia radica exclusivamente en el sistema de las prestaciones sociales, pues el texto faculta al Gobierno para "efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones". De suerte, pues, que la interpretación del **ad quem**, al exceptuar del régimen de la responsabilidad en el contrato de trabajo a los patronos que no persiguen objetivos de lucro, es errónea, y, por lo mismo, tiene razón el recurrente en este aspecto de su acusación. (Sala de Casación Laboral, 30 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 598, 2ª y 599, 1ª).

217

SUCESION

(El supuesto del artículo 79 de la Ley 63 de 1936).

El supuesto del artículo 79 de la Ley 63 de 1936 corresponde a que en curso algún litigio o gestión administrativa fallezca una de las partes, y alguien se apersone en su lugar como sucesor o representante. Lo cual no puede confundirse ni equipararse con la hipótesis del litigio sobre exclusión o rango preferente para recibir cierta herencia, porque se discuta el estado civil y la consecuencial vocación de una persona. Ello repercutirá ciertamente en el campo sucesorio, mas no en detrimento posible de los intereses fiscales encomendados al Síndico Recaudador de Impuestos, quien hará siempre la liquidación en conformidad con el orden hereditario prevaleciente y a la tarifa respectiva, cualquiera sea el resultado de la litis, que por la justicia señala el objeto gravable. No cuando hay posibilidad de que por fuera de la liquidación venga a quedar el evento favorable del pleito o gestión administrativa en que el difunto fuese parte, o sea el interés protegido por el artículo 79. (Casación Civil, noviembre 30 de 1961. Tomo XCVII, pág. 206, 1ª).

218

SUCESION

(El título y el modo. La etapa de indivisión).

En el testamento o la ley se encuentra el **título** de quienes son llamados a recoger la herencia, abierta y por lo general deferida al asignatario desde el mismo momento de fallecer el causante. En tanto que la sucesión por causa de muerte es el modo que, como la ocupación, la accesión, la tradición o la prescripción, tiene de suyo virtualidad jurídica para adquirir el dominio. Sólo que por no tratarse

en la herencia de una cosa singular, sino de una comunidad universal, el proceso adquisitivo no se realiza de una vez como en la tradición, sino que es preciso satisfacer los requerimientos legalmente adecuados para liquidar la universalidad y hacer la distribución de bienes entre los copartícipes, lo cual exige un lapso más o menos dilatado en el tiempo.

La etapa de la indivisión está, sin embargo, destinada al olvido en el campo jurídico, como si nunca hubiera existido, por cuanto hecha la división de lo que a título universal o singular se poseía proindiviso, 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, o haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión (779 y 1401, C. C.).

En la comunidad universal se transmiten así por modo posesorio directo e inmediato en lo jurídico del causante al heredero los bienes comprendidos en la respectiva hijuela. De ahí que el **título** perfeccionado por la liquidación hereditaria reciba el calificativo de **justo** para la posesión regular conducente a la usucapión, cuando es confirmado por la sentencia judicial de adjudicación o los actos legales de partición, en los supuestos de **justo título** contemplados por el inciso 4º, artículo 765 del Código Civil.

Es obvio que si el dominio de los bienes comprendidos en la hijuela correspondía al difunto, el titular como heredero adquiere la propiedad por virtud exclusiva del modo sucesión por causa de muerte, sin que intervenga para nada, por inconducente y superfluo, otro modo cualquiera de adquirir, la tradición, por ejemplo. Como es claro también que si el causante no era el verdadero dueño, la sucesión no puede transmitir al heredero sino lo que el causante tuviera: la posesión. Pero el sucesor de buena fe tendrá confirmado por la sentencia aprobatoria de la partición, **justo título** para principiar en él la posesión regular conducente a adquirir el dominio, no por sucesión y menos aún por tradición, pero sí por usucapión; para lo cual, además, puede añadir la posesión de su antecesor a la suya, caso en que "se la apropia con sus calidades y vicios" (778, C. C.).

Si, pues, la sentencia de adjudicación y los actos legales de partición limitan su efecto a declarar que sobre los bienes que le fueron atribuídos al asignatario, adquirió el dominio por sucesión a causa de muerte, se sigue por corolario que el registro tiene por objeto cancelar la inscripción que radicaba en el causante para colocarla en cabeza del asignatario como actual titular del dominio por sucesión **mortis causa**, y de ninguna manera por tradición u otro alguno de los modos de adquirir el dominio. (Casación Civil, octubre 5 de 1961. Tomo XCVII, págs. 114, 2ª y 115, 1ª).

T

219

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Equivocada citación de las normas infringidas).

Como consecuencia de haberse atribuído competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, según lo dispuesto por los Decretos 456 y 931 de 1956, esta Sala Laboral de la Corte, en diversos fallos en que le ha correspondido decidir en sede de casación, sobre problemas relativos a materias como la de que es objeto de discusión en el presente negocio, ha tenido oportunidad para afirmar, como lo hiciera antes la Sala de Casación Civil, el criterio jurisprudencial de que el corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil, que se regula por las normas de esa misma naturaleza contenidas en el Código de la materia. (Casación de 19 de septiem-

bre de 1960, T. XCIII, 899 ss. Casación de 21 de agosto de 1961, juicio promovido por José Luis Zapata y Julio Cardona contra Jorge de Bedout y Emilia Tamayo de De Bedout).

Si la relación jurídica que pudo existir en el caso **sub judice**, fue la de intervención para la venta de una finca raíz, siguiendo la orientación que trazan las doctrinas que se han invocado, es claro que el caso de autos queda bajo el imperio de las normas del Código de Comercio, reguladoras del corretaje, y no de las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como infringidas, porque no eran aplicables a la materia debatida. Esta omisión sustancial del impugnador hace ineficaz la acusación formulada contra la sentencia acusada. (Sala de Casación Laboral, 6 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 572, 2ª y 573, 1ª).

220

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Especialmente referida a la comprobación del error de hecho).

Bien sabido es que en casación, cuando se alega error de hecho por equivocada estimación de una prueba, no basta su cita, sino que es preciso demostrar el error cometido por la sentencia al estimarla. (Sala de Casación Laboral, 6 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 635, 1ª).

221

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Señalamiento de las normas de carácter prestacional que se estimen violadas).

El cargo en estudio no es eficaz para quebrantar la sentencia impugnada por la razón que pasa a exponerse:

El recurrente sólo señala como infringidas dos normas del Código Sustantivo del Trabajo: los artículos 36 y 338, que no estatuyen prestaciones sociales ni indemnización de perjuicios, como claramente lo indica su contenido. Luego la acusación se ha quedado incompleta, puesto que el impugnador no dice qué preceptos de carácter prestacional pudieron ser violados ni cuál el concepto de la infracción, lo que no le permite a la Sala efectuar la labor de confrontación entre la decisión recurrida y dichas disposiciones para definir así si hubo o no quebrantamiento de la ley. El cargo no puede prosperar. (Sala de Casación Laboral, 30 de septiembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 598, 1ª).

222

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PREAVISO

Son instituciones completamente distintas e inconfundibles el preaviso y las causas de terminación del contrato de trabajo. El primero es el medio o vehículo para su terminación, pero no la razón de ésta. De suerte que no estando pactada la cláusula de reserva, el patrono, al tenor del artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene obligación de explicar los motivos que lo impulsan a prescindir de los servicios del trabajador. (Sala de Casación Laboral, 2 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 628, 1ª).

223

TERMINACION ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Bien sabido es que el preaviso de 45 días sólo lo prevé la ley para el caso de que se haya pactado la cláusula de reserva. Esta no es la situación en el caso **sub lite**, por cuanto los autos no acreditan que existiera esa estipulación. Luego no cabe la menor duda de que el preaviso dado por la entidad recurrente no tiene apoyo legal y, además, la nota de despido obrante en el proceso es claramente ilegal,

porque en ella consta que la razón del despido fue la de "...haber resuelto la Junta Directiva de esta compañía **suprimir** el cargo de Cajero General que usted venía desempeñando". La ley no contempla como causal justificativa de la terminación del contrato de trabajo la alegada por la sociedad demandada, esto es, la supresión del cargo ejercido por el trabajador demandante.

Como es fácil apreciar, pues, la determinación de la demandada no sólo es ilegal por el aspecto del preaviso de 45 días sino, además, porque la causa real y evidente del despido (supresión del cargo) no respalda legalmente la decisión tomada por la empresa. (Sala de Casación Laboral, 2 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 627, 2ª y pág. 628, 1ª).

224

TERMINOS

(Pruebas).

No deja de ser irregular y contrario a la lealtad del debate judicial que un medio de prueba que el sentenciador debe valorar, se produzca extemporáneamente y apenas se allegue a los autos después de proferirse sentencia de segunda instancia.

Razón de sobra tuvo el **ad quem** en no tener en cuenta el certificado médico, con el cual el señor defensor pretendió demostrar a última hora que su defendido sufría una grave anomalía psíquica, para alegar una nulidad procesal, pues dicho certificado médico, por la forma y el momento en que se presentó, no es una prueba que podía ser estimada, pues ella se allegó al juicio extemporáneamente, después de estar vencidos los términos probatorios y por lo tanto, ella no tiene ningún valor legal, y para los efectos jurídicos procesales es completamente inexistente e ineficaz, de acuerdo con lo previsto por el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

El principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, consagrado por el artículo 597 del Código Judicial, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir las pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica, tiene también aplicación al juicio penal. (Casación Penal, septiembre 21 de 1961. Tomo XCVII, pág. 353, 1ª y 2ª).

225

TESTAMENTO

(Cuando el testador atribuye a sus herederos especies determinadas, la asignación singular se imputará a la universal).

Cuando el causante, haciendo uso del derecho que le reconoce el artículo 1375 del Código Civil, de hacer en el testamento la partición de sus bienes, atribuye a sus herederos, por causa y en razón de esta calidad, especies determinadas, no por ello les arrebata su título de tales, para convertirlos en simples legatarios. Ocurrirá solamente que la asignación singular se imputará a la universal, supeditada aquélla a seguir la suerte de ésta. Es así como el artículo 1052 ibídem sienta como regla general que, cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, "los que suceden a la vez por testamento y abintestato imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento...". (Casación Civil, diciembre 6 de 1961. Tomo XCVII, pág. 218, 1ª y 2ª).

226

TESTAMENTO CERRADO

(Formalidades para su validez).

Testamento cerrado es aquel que por el querer de su otorgante y del modo previsto por la ley se halla destinado a permanecer secreto mientras no sobrevenga la muerte del testador y no sea abierto por el funcionario

autorizado para ello. La esencia de este testamento, según el artículo 1080 del Código Civil, consiste en el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada y les declara de manera inteligible que esa escritura contiene su memoria testamentaria. Así lo dispone la ley, pero no debe olvidarse que la reserva o secreto del testador en dar a conocer las disposiciones de su postrera voluntad constituye también un aspecto sustancial de esta clase de testamento.

Precisamente en guarda de esta reserva la ley somete a solemnidades especiales así el otorgamiento del acto testamentario secreto como también su apertura y publicación. Extendido con las formalidades correspondientes, queda el testamento amparado por una presunción de autenticidad y validez que le asegura la posibilidad de ser normalmente abierto, publicado y ejecutado cuando conserva la forma original como se lo otorgó. La presunción aludida descansa tanto en la observancia de los requisitos iniciales como en la conservación del estado de cerramiento de la cubierta hasta cuando se produzca la apertura regular del testamento por el funcionario competente. Si el cerramiento desaparece en forma distinta de la prevista por la ley, se destruye por lo mismo aquella presunción y el testamento pierde su mérito. No basta, pues, que las formalidades del testamento cerrado se cumplan todas al momento de otorgarlo, sino que es también indispensable que se mantenga intacto el estado de cerramiento de la cubierta hasta cuando el Juez competente proceda a abrirla. Dicho cerramiento constituye la garantía de la autenticidad del pliego testamentario, hasta el punto de que si él no se conserva y se ofrece por ello la posibilidad de que el testamento sea sustraído o sufra alteraciones o cambios, queda éste desprovisto de esa garantía y no puede recibir ejecución. Y ello sin contar con que la destrucción deliberada del mismo cerramiento por obra del propio testador, tiene el alcance de una revocación del testamento.

Con todo, como la alteración del cerramiento puede obedecer a causas diversas, incluso de carácter fortuito, y como no siempre que ella ocurre se produce también la sustracción o cambio del testamento, la ley permite que este acto recupere su mérito mediante fallo que lo declare válido, previa la comprobación de su autenticidad y de su identidad. Así lo dispone el artículo 924 del Código Judicial, que es norma de orden sustancial. (Casación Civil, noviembre 14 de 1961. Tomo XCVII, págs. 180, 2ª y 181, 1ª).

227

TESTIGOS SINGULARES DE DIVERSIDAD ACUMULATIVA

(Cómo debe hacerse el ataque de la prueba de esta especie).

En el proceso mental de reconstrucción de una dada situación jurídica obra, en muchos casos, lo que los doctrinantes llaman "testigos singulares de diversidad acumulativa" elementos de prueba de facetas o aspectos que integran el todo, la verdad cuya existencia se pretende probar y que forman en el juzgador una apreciación que no puede destruírse atacando separadamente esos elementos singulares, que, apoyados en otras demostraciones, llevan al grado de convicción que emana de la apreciación lógica del conjunto probatorio. De ahí que para que en casación el error de hecho pueda generar el quebrantamiento de una sentencia, es necesario que el error que llevó a la violación de la norma sustantiva, aparezca en forma manifiesta como lo manda la ley. (Casación Civil, septiembre 25 de 1961. Tomo XCVII, pág. 84, 1ª).

228

TESTIMONIO

(Crítica de la prueba testimonial por el Juez del Trabajo).

En atención a que las respuestas de los testigos se limitan a repetir el contenido de las

preguntas, la sentencia acusada estimó que por esa falla carecían de mérito suficiente para ver en ellas la prueba sobre el accidente de trabajo, hecho básico de las acciones deducidas en el juicio. Si se hace la comparación entre las preguntas del interrogatorio formulado a los dos testigos de que se trata y la respuesta dada por cada uno de ellos, se llega a la conclusión de que fue acertado el juicio del fallador.

Ahora bien: no es mecánico el juicio del fallador en el examen de la prueba testimonial. Debe cerciorarse de que el testigo dice la verdad sobre los hechos que refiere, investigando, en primer término, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y muchas otras, entre las cuales merecen mención especial las establecidas por el artículo 688 del Código Judicial, que el Juez Laboral puede tener en cuenta por cuanto recogen reglas de experiencia de aceptación general en doctrina y recibidas en varios estatutos foráneos de derecho probatorio. Dice el precepto que el Juez "debe tomar especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, en lo posible, haciendo todas las advertencias conducentes a poner en claro la confianza que merezca el testigo, y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma, o de que tiene noticia". El inciso tercero de la norma exige que el testigo explique cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos.

En el caso concreto, ninguna intervención tuvo el Juez comisionado para la recepción de las declaraciones en el examen de los testigos. Se limitó a formular las preguntas del interrogatorio y del contrainterrogatorio y a copiar las respuestas. Carecen ellas de las debidas explicaciones de las cuales pudiera deducirse la veracidad de sus asertos.

Cree el recurrente que si el testimonio no es responsivo merece fe, porque no hay ley que faculte al Juez para anularlo o declararlo inadmisible. La libertad de apreciación probatoria infirma el argumento, porque al respecto el legislador no vincula los poderes de aquél. Su actividad en la materia no es reglada, como conviene al principio de la persuasión racional. (Sala de Casación Laboral, 25 de noviembre de 1961. Tomo XCVII, págs. 622, 2ª y 623, 1ª).

229

TESTIMONIO

(Análisis y crítica científica del mismo).

El análisis desvertebrado y unilateral del testimonio, puede ser útil para producir determinada solución de continuidad en la mente del Juez, para crearle una preocupación que le obligue a escudriñar la fuerza del razonamiento. Esto no precisa controversia. Pero no sucede lo mismo cuando una serie de incidencias probatorias surgen en un determinado caso, todas las cuales necesitan aglutinarse de manera que conduzcan a la explicación y comprobación de un hecho. (Casación Penal, septiembre 6/61. Tomo XCVII, pág. 244, 1ª).

230

TRABAJO A DOMICILIO

(El hecho de que el trabajador suministre la materia prima, sitúa su labor a domicilio fuera del ámbito de la relación laboral).

El Decreto legislativo número 2417-bis de 1952 (art. 2º) creó la sección de trabajo a domicilio, de mujeres y menores, dependiente del Ministerio del ramo, encargada del estudio y solución de los problemas sociales y de trabajo entre patronos y trabajadores a domicilio, mujeres y menores, en cuanto a la constitución del contrato, pago de prestaciones, salarios, etc.

El Decreto 210 de 1953, reglamentario del anterior (artículo 6º), preceptúa: Se entiende que existe contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Código del

Trabajo, cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador a domicilio recibe del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expedidos por cuenta de este último.

La propia demanda promotora del presente juicio afirma que la madera para la confección de los muebles era suministrada por el trabajador demandante. Así las cosas, tal hecho sitúa el trabajo del actor por fuera del ámbito de la relación laboral a domicilio, según las normas que se dejan citadas, acordes con lo que sobre el punto dispone el artículo 2053 del Código Civil de que antes se hizo mérito. (Sala de Casación Laboral, 6 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 635, 2ª).

231

TRABAJO A DOMICILIO

(Si el trabajador a domicilio se vale de la colaboración de elementos extraños a su familia, no hay contrato de trabajo).

Los hechos de la demanda de instancia colocan la labor del demandante dentro de la modalidad del contrato de trabajo a domicilio.

Hay contrato de trabajo de esta especie con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono (art. 89 del C. S. T.).

Un testigo afirma dentro del proceso que aunque generalmente el demandante trabajaba solo, le conoció un ayudante. Si la colaboración prestada al trabajador no proviene de elementos de su familia (nada dice el testigo al respecto), la labor de aquél excluye la especie de contrato en examen, de acuerdo con el texto legal citado. (Sala de Casación Laboral, 6 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 635, 1ª).

232

TRABAJO A DOMICILIO

(Si el trabajador suministra la materia para la confección de la obra, no hay contrato de trabajo).

Refiere la demanda que el actor, en su propio domicilio, prestó servicios personales al demandado, durante tres años, en labores relacionadas con la confección de muebles para el almacén de propiedad de este último. Que durante los primeros meses el demandado le suministraba al actor la madera por un precio convenido y posteriormente el demandante la sacaba al fiado en el comercio y al liquidar con aquél se le tenía en cuenta el valor de la madera para pagarle por sobre dicho precio lo que valiera la confección del mueble.

Sostiene el Tribunal que el hecho en mención describe una operación de venta. Para el recurrente significa que el actor ejecutaba el trabajo a domicilio. Como es fácil advertirlo, nada tiene que ver lo que el hecho expresa con el sentido que a él le da el recurrente.

Para la Sala es correcta la estimación que de la demanda hace el fallador. Se ajusta a textos de la ley positiva. En efecto, dice el artículo 2053 del Código Civil: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta... (inciso 1º). Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento, en el caso contrario de venta". (Inciso 4º).

Dice el testigo N. que el demandado le suministraba al demandante algunos materiales, como tríplex, bisagras y ornamentos.

En la confección de un mueble de madera, ésta es materia prima principal. Por consiguiente, aceptando que se le entregaban al artífice los materiales de que habla el testigo, el contrato entre las partes era de compraventa, como lo sostiene el Tribunal. Por lo demás, no cita el cargo que se hace a la sentencia el artículo 2053 del Código Civil, que con-

templa la hipótesis a que se refiere el hecho en consideración. Por tanto, si éste da cuenta de una convención laboral y fuera esa la orientación del cargo, ha debido acusar violación de dicha norma en relación con las pertinentes de la ley laboral. (Sala de Casación Laboral, 6 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 630, 2ª y pág. 631, 1ª).

233

TRABAJO A DOMICILIO Y CONTRATO DE TRABAJO

Quien encarga la confección de una obra material e indica las especificaciones a que debe sujetarse, y una vez entregada la revisa e inspecciona para cerciorarse de que aquéllas han sido observadas, empleando materiales de buena clase, no está impartiendo instrucciones en calidad de patrono, ni el artífice se convierte por ese solo hecho en trabajador dependiente. En el fondo no se trata de órdenes con la significación que tiene el vocablo para destacar el trabajo dependiente, pues la orden debe referirse al modo, tiempo y cantidad de trabajo [art. 23, literal b) del C. S. T.], y la de que se trata no llena todas estas condiciones. (Sala de Casación Laboral, 6 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 633, 2ª).

V

234

VACACIONES

(Por no hechos han de tenerse los pagos de vacaciones contrarios a la ley).

Para la dilucidación del problema contemplado en el presente caso, es conveniente tener presente las consideraciones que en seguida se exponen:

1ª La finalidad esencial de las vacaciones es el disfrute real del derecho, ya que esto es lo que enseña el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo que lo consagra.

2ª Dentro de la vigencia del contrato de trabajo, sólo excepcionalmente se permite la compensación del derecho en dinero, pero para ello se requiere autorización del Ministerio del Trabajo y únicamente hasta la mitad de las vacaciones.

En el caso de autos la situación que se observa es que estando prestando sus servicios el trabajador, se le pagaron las vacaciones en su totalidad, es decir, se violó ostensiblemente la prohibición contenida en el primer inciso del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo y, al mismo tiempo, se desvirtuó el propósito del goce positivo del derecho. Y más todavía, se pagó el ciento por ciento de su valor sin autorización conocida del Ministerio del Trabajo.

Así las cosas, la Sala considera que la referencia del Tribunal al artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo es meramente incidental, ya que ha podido no mencionar esa disposición y no por ello podría desconocerse la prohibición legal en materia de vacaciones. Es decir, que el pago del derecho efectuado por la entidad demandada violó en diversas formas esa prohibición y que, por consiguiente, no habiéndose ajustado a la ley, se tiene por no hecho. Lógicamente debe ser así puesto que alguna diferencia tiene que existir entre el patrono que cumple la ley y el que la infringe abiertamente. De ahí que el Código Civil en su artículo 6º establezca que son nulos "los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos". (Sala de Casación Laboral, 19 de diciembre de 1961. Tomo XCVII, pág. 666. y pág. 667, 1ª y 2ª).

235

VEREDICTO

(Claridad en él).

Una de las normas que deben regir la decisión popular es que sus determinaciones lleven el sello de la claridad y la nitidez, para que por no tener estos atributos se produzca el receso de la justicia que obliga a nueva intervención del Tribunal de Conciencia. (Casación Penal, septiembre 6 de 1961. Tomo XCVII, pág. 252, 2ª).

236

VEREDICTO

(Cuándo puede revestir el carácter de contradictorio).

Para que un veredicto pueda revestir el carácter de contradictorio es condición indispensable que contenga, cuando menos, dos proposiciones que, de otra parte, se nieguen entre sí. En el caso de autos no se contempla esa situación, puesto que los veredictos fueron consignados por medio de una sola proposición, la cual se expresó, respecto de cada uno de los procesados, con la simple frase: "Sí es responsable". En estos términos no puede prosperar la causal 7ª de casación, invocada.

Los tres procesados a quienes se juzgó fueron llamados a juicio como coautores de los dos delitos a que se contrae el expediente y en esa misma forma los responsabilizó el Jurado. De consiguiente, como los veredictos fueron acogidos, tenía que aplicarse el artículo 19 del Código Penal. Ese texto legal, por lo mismo, no se violó, como se supone en la demanda que es materia de estudio. (Casación Penal, diciembre 13/61. Tomo XCVII, pág. 533, 1ª).

237

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

(Quién lo declara).

De conformidad con el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, la facultad de desconocer el veredicto, por contrario a la evidencia de los hechos, es exclusiva de los Jueces Superiores y de los Tribunales de Distrito Judicial, y, por lo tanto, ella no puede extenderse a la Corte, porque las funciones de las entidades judiciales, como lo ha recalcado esta misma corporación con prudencia, "están limitadas a lo expresamente establecido en las leyes", y éstas, en verdad, no facultan a los Jueces distintos de los de instancia para pronunciarse sobre el particular. (Casación Penal, 30 de octubre de 1961. Tomo XCVII, pág. 408, 1ª).

238

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La acusación por violación indirecta de ley sustancial requiere, según el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, que se demuestre que el sentenciador, en la apreciación de determinada prueba, incurrió, ya en error de derecho, ya en error de hecho manifiesto. Si lo primero, debe el impugnante señalar el precepto de valoración probatoria infringido, haciendo ver que por el Tribunal se le asignó a la prueba un mérito que tal precepto no le otorga o se le negó el que éste le reconoce; si lo segundo, ha de hacer patente el yerro de hecho alegado, que, como lo ha venido enseñando con tánta insistencia la doctrina, sólo cabe o bien cuando existiendo en el proceso una prueba que demuestra evidentemente que un hecho ocurrió, el sentenciador no la ve, es decir la ignora, concluyendo, en consecuencia que tal hecho no está demostrado; o bien cuando no existiendo en

el proceso una prueba, el sentenciador la presupone, para, con base en ella, dar por probado un hecho. (Casación Civil, septiembre 5 de 1961. Tomo XCVII, pág. 42, 1ª).

239

VIOLACION INDIRECTA DE LA LÉY

Es doctrina muy conocida que, siendo indirecta la violación que se comete con el error de hecho, el cargo a nada conduce si el recurrente no cita los textos legales sustantivos que hayan sido violados como consecuencia de tal error. (Casación Civil, noviembre 15 de 1961. Tomo XCVII, pág. 189, 1ª).

240

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

(Nociones primordiales en punto a acusación por este extremo).

Conviene una vez más insistir, aunque sea someramente, acerca de algunas de las nociones primordiales en punto a acusación por violación indirecta de la ley sustantiva, esfera en que se exige al impugnante alegar y demostrar el preciso error de estimación probatoria a través del cual haya el sentenciador llegado al quebranto que del derecho sustancial se le imputa.

Si de error evidente de hecho se tratare, no hay que olvidar que éste consiste, ya en que el sentenciador ignore una prueba existente en el juicio, ya en que suponga una que no existe, de donde resulte: si lo primero, el desconocimiento de un hecho formalmente establecido; si lo segundo, la admisión de un hecho sin fundamento alguno.

Y el error será de derecho, cuando, sobre la base de haber sido considerada fielmente una prueba en su objetividad o presencia procesal, el juzgador le desconoce el valor demostrativo que tiene, según la ley o bien le asigna el que ésta le niega.

De lo que se deduce no ser dable, en principio, la acusación por error de hecho y de derecho simultáneos en la apreciación de una misma entidad probatoria, pues se descarta el de derecho si ocurre el de hecho, que por sí solo arruina el tratamiento de la prueba, impidiendo que lo objetivamente erróneo sea ponderado en la balanza de los méritos legales. (Casación Civil, septiembre 16 de 1961. Tomo XCVII, pág. 69, 2ª).

241

VIOLENCIA CARNAL

(Cuerpo del delito).

El medio más adecuado y casi necesario para establecer el cuerpo del delito de violencia carnal, en su elemento del acceso carnal, es el reconocimiento médico pericial de la persona ofendida. (Casación Penal, septiembre 8 de 1961. Tomo XCVII, pág. 298, 1ª).

242

VIOLENCIA CARNAL

(Existencia legal del delito cuando se comete en menor de catorce años).

Según el tenor literal del inciso segundo del artículo 316 del Código Penal, basta que se compruebe que se realizó un acceso carnal en un menor de catorce años para que el delito de violencia carnal tenga existencia legal y para que el responsable sufra la pena correspondiente señalada en dicha disposición, aunque no se trate de una mujer honesta y aunque la víctima del delito realmente hubiera prestado su consentimiento.

El inciso 2º del artículo 316 del Código Penal no consagra expresamente ninguna clase de presunción, pues su texto no habla de presunción de derecho ni legal, como generalmente se supone; esta norma únicamente señala, de una manera general, las condiciones o requisitos de tipificación de una violencia

carnal especialísima. Lo que ocurre es que el legislador para dictar dicha disposición seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor que no ha cumplido la edad que fija la ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento y madurez necesarios para obrar libre y conscientemente en la práctica de los actos sexuales. (Casación Penal, septiembre 8/61. Tomo XCVII, pág. 302, 1ª).

243

VIOLENCIA CARNAL

(La libertad sexual es el bien que primordialmente protege la ley).

El bien que primordialmente trata la ley de proteger en estos casos es la libertad y no la honestidad sexual como claramente se deduce de la calificación que el Código Penal le da al Título XII del Libro 2º en que está incluído el capítulo de la violencia carnal. (Casación Penal, septiembre 8/61. Tomo XCVII, pág. 302, 1ª).

244

VIOLENCIA CARNAL

(Exención de responsabilidad en caso de error esencial de hecho).

Cosa distinta es que el autor de una violencia carnal con una menor de catorce años quede exento de responsabilidad cuando se compruebe que aquél incurrió en un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia, en cuanto a la verdadera edad de la víctima. (Casación Penal, septiembre 8/61. Tomo XCVII, pág. 302, 1ª).

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO

Nota: Las cifras puestas en la columna **números** indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos	Números
17	105
26	66, 120, 154
64	105
76, 11	164
76, 12	129
132	129

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
6	234
21	20
22	100
28	77
63	196
92	188
135	139
239	139
240	139
243	139
347	100
471, 3	157
713	4
714	4
717	4
751	110
765, 4	218
778	218
779	218
812	90
949	186
964	109
1052	225
1080	225
1401	218
1451	61
1546	156
1594	59
1600	59
1602	132
1610	156
1610, 3	156
1746	211
1748	211
1760	8, 100
1761	30
1766	211, 213
1767	8
1795	21
1895	61
1896	61
1897	61
1898	61
1899	61
1900	61
1901	61
1934	7
2023	61
2026	61
2053	230, 232
2120	61
2122	61
2341	141, 196
2342	141
2345	196
2346	196

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
2347	196
2348	196
2349	196
2350	196
2351	196
2354	196
2355	196
2356	196
2488	61
2530	166
2535	167
2586	139

CODIGO PENAL

Artículos	Números
12	77, 194
19	52, 57
20	52, 57
23, 2	137
28	135
29	76, 197
33	16
36	117
38	16, 47
39	16, 47
45	16
171	13, 75
316	242
362	36, 115
363	16, 36, 114
365	115
385	36
398, 2	117
399	117
401	117
403	201, 117
404	201, 203
410	117
413	117
415	152

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículos	Números
14	168
23	126, 233
27	126
36	216, 221
43	87
46	87
47	87, 92
64	92
65	124, 125, 126, 127, 167
66	222
74	180
89	230, 231
143	180
144	205
189	234
199	4
204	195
209	121
216	121
223	121
225	121
226	121
244	121
254	234
306	167
338	216, 221
461	13
467	13
469	136
481	136
488	167
489	134

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
36	182
37	182
40	98, 182
76	98, 182
121	68
147, 4	151
202	9
208	69
209	9, 10
214	182
216	171
222	69
233	61

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
258	190
265	189
330	69
333; 1	69
342	101
353	29
360	189
361	68
362	68
370, 1	189
398	9, 11
442	182
448	43, 44, 45, 150, 155
448, 1	151
448, 2	190
450, 3, 4	44, 150
450, 2	190, 455, 150, 155, 457, 44, 159
460	150
474	61
494	131
511	182
519	143, 168
520	25
520, 1	46, 93
520, 6	151
531	25
550	142, 157
553	141, 142
593	141
597	175, 224
608	65
637	30
657	20
663	128
664	128
665	128
688	128
697	72, 214, 128
702	128
731	178
924	266
971	156
972	156
973	156
974	156
982	156
990	156
991	156
1189	10

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
11	151
24	6
45 literal j	117
47, 1	117
48, 2	117
49, 2	117
50	117
73	181
112	141
123	122
128	88
129	88
149	145
151	145
159	141
171	172
198, 1	148
198, 8	149
202	224
203	73
204	73, 75
206	172
217	172
255	62
272	117
314	117
316	88
359	62
360	62
363	62
422	154
429	75, 88, 152
430	88, 215
431	88
432	88
433	88

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
434	88
452	133
455	174
475	145
548	133
567	39
567, 1 y 2	39
567, 3	36
567, 7	38
568	39
570	73
571, 5	198, 199
702	88

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Artículos	Números
42	155
48	155
61	214
56	130
86	168
130	14, 15
131	14, 15
132	14
133	14
134	14
135	14
136	14
137	14
138	14
139	14
140	14
141	14
142	14
143	14

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

Artículos	Números
1	70
9	70
10	70
20, 13	70
66	70
88	70
1126	164

CODIGO FISCAL
(Ley 106 de 1873)

Artículos	Números
1126	164

CODIGO DE PETROLEOS

Artículos	Números
34	132, 161
35	132, 161
36	132, 161, 162

L E Y E S :

Artículos	Números
Ley 153 de 1887	
5	90
8	90
16	140
40	200
91	8, 209
92	8
93	8, 170
Ley 35 de 1888	
—	140
Ley 29 de 1905	
—	105
Ley 40 de 1907	
149	168
Ley 7ª de 1908	
—	207
Ley 120 de 1928	
1	61
4	160
7	160
Ley 39 de 1933	
1	20
Ley 45 de 1936	
4, 4	108, 188
Ley 48 de 1936	
—	148
Ley 50 de 1936	
2	144
Ley 63 de 1936	
60	86
79	217
Ley 13 de 1937	
4, 4	60, 193
1	193

Artículos	Números
	Ley 92 de 1938
19	100
	Ley 94 de 1938
—	171
	Ley 4ª de 1943
2	117
52	174
	Ley 28 de 1943
—	105
	Ley 6ª de 1945
33	105
	Ley 66 de 1945
—	156
1	157
	Ley 85 de 1945
—	61
1º, 1	193
	Ley 165 de 1948
1º	164
5º	164
	Ley 19 de 1958
—	105
26	129
18	129

DECRETOS:

Artículos	Números
	Decreto 136 de 1932
—	105
	Decreto 1054 de 1932
19	193
	Decreto 1343 de 1937
15	193
	Decreto 3347 de 1950
2º	117
4º	117
	Decreto 30 de 1951
2º	164
	Decreto 243 de 1951
3º	29
	Decreto 2017 de 1952
1º	15, 136
	Decreto 2417 bis de 1952
2º	230
	Decreto 210 de 1953
6º	230

Artículos	Números
	Decreto 893 de 1953
5º	116
	Decreto 1056 de 1953
5º	132, 161
34	132
	Decreto 1070 de 1953
—	164
	Decreto 617 de 1954
2º	87
	Decreto 2197 de 1954
1º	96
6º	96
	Decreto 0014 de 1955
—	39, 75, 88, 152
19	101, 102
23	101, 102
24	101, 102
49	148
	Decreto 2390 de 1955
1º	164
	Decreto 456 de 1956
1º	55, 219
	Decreto 3050 de 1956
2º	69, 132, 161, 164
1º	161
	Decreto 931 de 1956
—	219
	Decreto 23 de 1957
1º	117
	Decreto 290 de 1957
28	101, 102
	Decreto 0012 de 1959
—	74, 107
16	152
19	152
22	147
	Decreto 1228 de 1959
—	66
	Decreto 1713 de 1960
1º	105
	Decreto 1715 de 1960
58	129
77	129
98	129

INDICE ALFABETICO

A

Páginas

Abisambra José Luis (Magistrado del Tribunal Superior de Montería). Impedimentos. Se declara infundado el impedimento propuesto para conocer del negocio, originado en la queja formulada por la señora Blanca Cueto v. de Pupo contra varios abogados 521

Arango Rojas Guillermo contra la Nación. Responsabilidad extracontractual... 778

Ariza Euclides contra Díaz C. Roque Julio. Resolución de promesa de venta... 64

B

Babativa Eduardo. — Homicidio. Se invalida la sentencia recurrida y en su lugar se absuelve al incriminado.. 535

Bados Condelmiro. — Hurto campestre. Se invalida la sentencia condenatoria 400

Barrault G. Pedro contra la Nación. — Ordinario que niega nulidad 684

Barrios Bosch Alberto contra la Nación. — Ordinario dominio subsuelo petrolífero 686

Becerra de Sánchez Cecilia contra la Nación.— Dominio subsuelo petrolífero 673

Beltrán Luis. — Homicidio. No se casa la sentencia impugnada 507

Berbeo Oviedo Agustín contra Garrido Ana Eva. Reivindicación.. 33

Borda Mendoza Santiago (Gerente Sociedad Maderas del Opón) Departamento del Huila. Indemnización de perjuicios, aprovechamiento carretera particular 701

Bravo Guerra Alberto (Fiscal del Tribunal Superior de Pasto). — Se declara infundada la recusación propuesta por los apoderados de la parte civil 524

Buriticá Mario contra Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).—Tribunales de Conciliación y Arbitraje 610

C

Cajiao Lenis Carlos contra Escuela de Aviación Civil Colombiana 668

Camacho de Ferro Rosa María contra Rafael M. Gómez. — Resolución de la permuta.. ... 146

Carvajal Manuel contra Deogracias Reyes. — Improcedencia del recurso por razón de la cuantía. 614

Castañeda Ana Tulia contra Pardo Ardila Demetrio. — Liquidación de la sociedad conyugal 183

Castaño Osorio Jorge contra el Estado. — Restitución de un vehículo 772

Páginas

Castiblanco Salazar Alfonso María. — Homicidio agravado. Se desecha el recurso de casación propuesto 335

Castro Prieto Alirio. — Homicidio. Concurso material. No se invalida la sentencia recurrida. 490

Cerquera Polo Guillermo. — Asociación para delinquir. Se invalida la sentencia recurrida y en su lugar se absuelve al incriminado ... 546

Clavijo Jíbaro Samuel. — Homicidio. Se desecha el recurso de casación 406

Cleves Ricaurte Sergio Venancio. Sucesión ... 61

Compañía de Terrenos Glaloba Ltda. contra la Nación. — Ordinario dominio del subsuelo petrolífero 679

Cuéllar Jesús Ramón. — Violencia carnal. Se invalida parcialmente la sentencia.. 294

CH

Chivor Emerald Mines Inc. — Concurso de acreedores 138

D

Decreto 1713 de 18 de julio de 1960. — Inexequibilidad de su artículo 1º en la parte final del ordinal c) 18

Decreto-ley 1715 de 1960. — Inexequibilidad de sus artículos 58, 77 y 98. 25

Díaz Virviescas Gerardo. — Homicidio. No se casa la sentencia impugnada 507

E

Escobar de la Cruz Flavio. — Abuso de confianza. Se invalida la sentencia impugnada.. ... 415

G

García Díaz Honorato contra la Nación. — Subsuelo petrolífero 740

Ghitis Jacobo contra Lusgarten e hijos. Fábrica Slaconia. — Prescripción. 574

Godoy Rodríguez Félix. — Homicidio. Se desecha el recurso de casación.. 528

González Robledo Octavio contra Bernardo Londoño Vélez. — Corretaje 565

Guisao Silva Sigifredo. — Doble homicidio agravado. No se invalida la sentencia impugnada. 471

Gutiérrez Gair y otro contra Molina Osorio Bernal y otros . — Filiación natural 220

Guzmán Luis Enrique contra Moreno José Antonio. — Pago de mejoras 197

Páginas

H

H. de Alzamora Carmen contra Leiva José María. — Simulación ... 736

Habib Yacoub v. de Sahara contra Catalina Fuentes v. de Yacoub.—Petición de herencia. 164

Hernández Francisco contra el Departamento de Caldas. — Obligación de suscribir un instrumento y acumulación de acciones. ... 755

Hernández Londoño Luis Eduardo. — Homicidio en el grado de tentativa. Se desecha el recurso de casación propuesto ... 388

Herrán Medina Néstor contra Asociación Colombiana de Carreteras (Asocar). y Leonidas Lara e Hijos Ltda. — Solidaridad patronal ... 595

Holguín Armando y otros contra Sarria de Valencia Esther y otros. — Filiación natural ... 86

J

Jaramillo Cardona Luis Carlos. — Homicidio calificado. Se invalida la sentencia impugnada. 448

Joy Paul M. contra la Nación. — Propiedad privada de petróleos ... 718

L

Ladino Perdomo Cenón. — Asociación para delinquir. Se invalida la sentencia recurrida y en su lugar se absuelve al incriminado.. ... 546

La Nación contra adjudicatarios de la mina "La Sombra". — Reserva Nacional de Minas. 748

La Rotta Téllez Rafael y otro contra Vargas Buitrago Rafael y otro. — Nulidad absoluta de un contrato ... 56

Lema Camacho Eduardo. — Delitos contra la propiedad. Se desecha el recurso de casación propuesto ... 373

López Arbeláez Carlos Emilio. — Casación por homicidio ... 234

Lozano Reyes José Orlando. — Homicidio, robo. Se desecha el recurso de casación propuesto. 409

M

Macradis Persis Esteban. — Contrabando. No se invalida la sentencia acusada ... 315

Manchola Antonio contra Manchola Diógenes y otro. — Simulación ... 104

Marroquín de Moure Isabel contra la Nación. Indebida acumulación de acciones e inepta demanda ... 765

Méndez Godoy Rosendo contra Compañía del Cafetal de La Trinidad. Indemnización moratoria ... 660

Mendoza Rosendo Adriano. — Asociación para delinquir. Se invalida la sentencia recurrida y en su lugar se absuelve al incriminado ... 546

Moncayo Guillermo. — Abuso de autoridad. Sobreseimiento definitivo.. ... 254

Moncayo Guillermo. — Abuso de autoridad. No se repone la providencia de 7 de septiembre de 1961, por medio de la cual se sobreseyó definitivamente al incriminado ... 398

Montoya Quintero Fabio. — Homicidio (Uxoricidio). Se invalida la sentencia acusada y en su lugar se absuelve al sindicado 354

Moore Garzón Santiago contra Quiroga Moore Margarita. Impugnación de la paternidad .. 202

Moreno de Rosero Clementina contra Morán v. de Moreno María y otros. Reivindicación ... 81

Muñoz Climent Juan contra Rodríguez González Mercedes. Cumplimiento de sentencia eclesiástica dictada en el Exterior... ... 127

Murte Cuta Fideligno. — Homicidio. No se casa la sentencia recurrida ... 310

N

Niño José y otra contra Prieto Sara María. — Simulación 131

O

Ocampo H. Marcelino y otro contra Correa Pareja Rodríguez y otro. — Reivindicación.. ... 41

Ordóñez Eleuterio. — Homicidio. Se invalida parcialmente la sentencia recurrida.. ... 430

Ortiz Henner Luis. — Homicidio. No se invalida el fallo acusado ... 349

Ortiz v. de Murillo Visitación contra Aguilera P. María Nidya y otros.—Nulidad de la venta. 96

P

Pardo de Briceño Leonor-Briceño Pardo Manuel, Castro Collas Joaquín y otros contra el Estado — Propiedad del subsuelo petrolífero ... 776

Pedraza Jorge Enrique. — Robo calificado. No se invalida la sentencia impugnada.. ... 382

Peláez Botero Benjamín. — Se desecha el recurso de casación ... 467

Pérez Lerma David. — Hurto campestre. Se invalida la sentencia recurrida ... 400

Pérez Serrano Domingo contra Bernardo Leguizamón. — Contrato presuntivo ... 559

Price Gutiérrez Carlos. — Abuso de autoridad. Sobreseimiento definitivo ... 254

Price Gutiérrez Carlos. — Abuso de autoridad. No se repone la providencia de 7 de septiembre de 1961, por medio de la cual se sobreseyó definitivamente al incriminado ... 398

Q

Quintero Delgado Alberto. Abuso de autoridad. Sobreseimiento definitivo ... 254

Quintero Delgado Alberto. Abuso de autoridad. No se repone la providencia del 7 de septiembre de 1961, por medio de la cual se sobreseyó definitivamente al incriminado... ... 398

Quintero García Bernabé. — Homicidio. No se casa la sentencia recurrida.. ... 303

Quiñones Alberto. — Homicidio. Se invalida parcialmente la sentencia recurrida ... 430

R

Páginas

Ramírez Pedro Angel. — Homicidio calificado. Se invalida la sentencia impugnada 448

Rentería Mallarino Alberto contra Compañía del Funicular de Monserrate S. A.— Preaviso. 626

Restrepo Betancur Rafael contra Restrepo Betancur María de Jesús. — Pertenencia 158

Reyes Orozco Tomás. — Homicidio. Se invalida la sentencia recurrida... 249

Ríos Ruiz Alonso. — Homicidio. No se casa la sentencia impugnada... 439

Rodríguez Zapata Jaime. — Homicidio. No se casa la sentencia recurrida.. 330

Rodríguez María Ascensión y otra contra la sucesión de Medina Medina Orlando. — Filiación natural.. 190

Rodríguez Pardo Max. — Se sobresee definitivamente al ex Intendente Nacional de San Andrés y Providencia por el delito de abuso de autoridad 495

Rodríguez Fernández Polearco contra Acerías Paz del Río. — A trabajo igual salario igual 651

Rodríguez Rojo Samuel — Homicidio. No se casa la sentencia recurrida. 330

Rojas Pinilla Gustavo. — Se niega reposición de llamamiento a juicio por el delito de concusión 3

Roldán Tamayo Martín y otros contra Roldán Domingo y otros. — Simulación.. 211

Romero de Wills y otros, contra Municipio de Bogotá. — Responsabilidad extracontractual... 72

Romero Ducuara Espíritu. — Homicidio. Se desecha el recurso de casación 528

Ruiz Vásquez Graciliano. — Homicidio. No se casa la sentencia 346

S

Sabogal Mora Wenceslao contra Seminario Conciliar de San José y otros. — Nulidad de testamento 171

Saldarriaga Miguel Angel contra Guillermo Gaviria. — Trabajo a domicilio 629

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Enrique López de la Pava y José Fernández Arbeláez 2

Salvamento de voto del Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria 11

Salvamento de voto del Magistrado doctor Julio Roncallo Acosta 13

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo.. 15

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ignacio Gómez Posse... 15

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada... 17

Salvamento de voto del Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria en la providencia por medio de la cual se sobreseyó definitivamente a Guillermo Moncayo, Carlos Price Gutiérrez y Alberto Quintero Delgado por el delito de abuso de autoridad.. 292

Salvamento de voto de los Magistrados Primitivo Vergara Crespo y Gustavo Rendón Gaviria en la providencia por la cual se desechó el recurso de casación interpuesto en el proceso adelantado a Eduardo Lema Camacho.. 381

Salvamento de voto del Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria en la providencia por medio de la cual no se repuso el sobreseimiento definitivo a favor de Guillermo Moncayo, Carlos Price y Alberto Quintero Delgado ... 399

Samaja Moore Feres contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. — Rescisión de compraventa 152

Sarmiento Beatriz contra Fábrica de Tejidos Lafayette. — Facultades del juez de apelación. 642

Sepúlveda Ezequiel. — Se declara desierto el recurso de casación 426

Serna Graciliano. — Homicidio. No se invalida la sentencia impugnada.. 478

Serrato Peña Francisco. — Homicidio. No se invalida la sentencia impugnada.. 478

Serrato Jesús Elías. — Homicidio. No se casa la sentencia impugnada 498

T

Tamayo Lombana Hernando contra Compañía de Inversiones Bogotá, S. A. — Indemnización moratoria 636

Tocancipá Baena Alfonso y otros contra Lombana Campo Elías y otros. — Nulidad de remate 117

Torres David Martín. — Denegación del recurso de revisión 226

U

Uribe Correa Julio Martín. — Homicidio. Se desecha el recurso de casación.. 343

Urquijo Diógenes contra Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).— Jurisdicción arbitral... 604

V

Váquiro o Leal José. — Homicidio, robo. Se desecha el recurso de casación 409

Vargas Martínez Fideligno contra Fábrica de Cementos Samper. — Nulidades procesales ... 617

Vargas Silva Jesús María y otros contra Cruz Perdomo Marco Antonio. — Pago de frutos.. 37

Vargas Silva Jesús María y otros contra Cruz Perdomo Marco Antonio. — Reivindicación... 109

Vargas Ramírez María del Rosario y otro contra Otero Gómez Julio y otros. — Nulidad de compraventa 50

Varón Rosaura contra sucesión de Félix Valencia. — Improcedencia del recurso de homologación 615